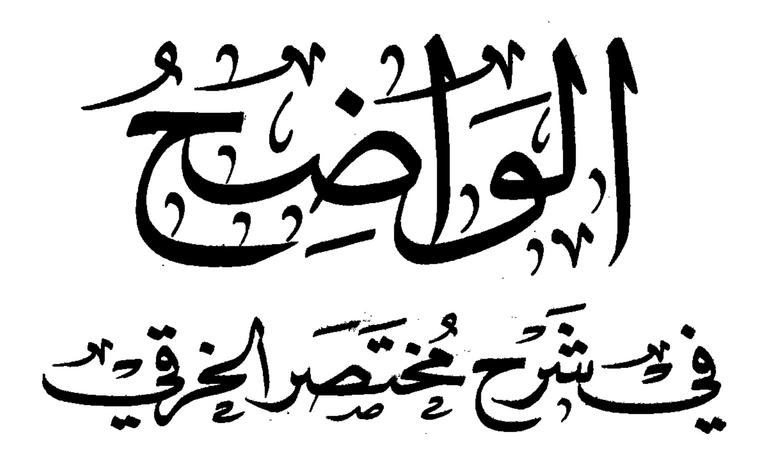


تصنيف

نور الدين أبي طالب عبد الرحمن بن عمر بن أبي القاسم بن
علي بن عثمان البصري الضرير

٦٨٤ - ٦٢٤ هـ

الجزء الثالث

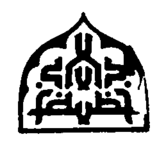
دراسة وتحقيق

معالي الأستاذ الدكتور عبد الملك بن عبد الله بن دهيش

الطبعة الأولى

١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م

يطلب من مكتبة النهضة الحديثة
مكة المكرمة هاتف ٥٧٤٤٥٩٥



دار خضر
للطباعة والنشر والتوزيع
ص ب: ٦١٤١/١٣
بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم



كتاب الشركة

الشركة: هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف. وهي ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب؛ فقوله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ [النساء:١٢]. وقوله: ﴿وَإِنَّ كَثِيراً مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلاَّ الَّذِينَ آمَنُواْ وَعَمِلُواْ الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُم﴾ [ص:٢٤].

والخلطاء: هم الشركاء.

وأما السنة؛ فما روى أبو المنهال «أن زيد بن أرقم والبراء بن عازب كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة. فبلغ النبي ﷺ، فأمرهما أن ما كان بنقد فأجيزوه، وما كان نسيئة فردوه»[1] رواه أحمد والبخاري بمعناه.

وعن أبي هريرة يرفعه قال: إن الله تعالى يقول: «أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه. فإذا خانه خرجت من بينهما»[2] رواه أبو داود.

وعن النبي ﷺ قال: «يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا»[3].

وأجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة.

والشركة على ضربين: شركة أملاك، وشركة عقود. وهذا الباب لشركة العقود. وهي أنواع خمسة: شركة العنان، والأبدان، والوجوه، والمضاربة، والمفاوضة.

ولا يصح شيء منها إلا من جائز التصرف؛ لأنه عقد على التصرف في المال. فلم يصح من غير جائز التصرف في المال؛ كالبيع.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٩٥٥) ٢: ٧٢٦ كتاب البيوع، باب التجارة في البر.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨٩) ٣: ١٢١٢ كتاب المساقاة، باب النهي عن بيع الورق بالذهب ديناً.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٨٨٢٠) ط إحياء التراث. واللفظ له.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٨٣) ٣: ٢٥٦ كتاب البيوع، باب في الشركة.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (١٤٠) ٣: ٣٥ كتاب البيوع.

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : (وشركة الأبدان جائزة) .

معنى شركة الأبدان : أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم ؛ كالصناع يشتركون على أن يعملوا في صناعاتهم ، فما رزق الله فهو بينهم . وإن اشتركوا فيما يكسبون من المباح ؛ كالحطب والحشيش والثمار المأخوذة من الجبال والمعادن والتلصص على دار الحرب فهذا جائز ، نص عليه أحمد . وقد أشرك النبي ﷺ بين عمار وسعد وابن مسعود فجاء سعد بأسيرين ، ولم يجيئا بشيء .

وفسر أحمد صفة الشركة في الغنيمة ، فقال : يشتركان فيما يصيبان من سلب المقتول ؛ لأن القاتل يختص به دون الغانمين ، وبهذا قال مالك .

وتصح شركة الأبدان مع اتفاق الصنائع . فأما مع اختلافها فقال أبو الخطاب : لا تصح . وهو قول مالك ؛ لأن مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم صاحبه . ويطالب كل واحد منهما . فإذا تقبل أحدهما شيئاً مع اختلاف صنائعهما لم يمكن الآخر أن يقوم به . فكيف يلزمه عمله؟ أم كيف يطالب بما لا قدرة له عليه؟

وقال القاضي : تصح الشركة ؛ لأنهما اشتركا في مكسب مباح فصح ؛ كما لو اتفقت الصنائع .

ولأن الصنائع المتفقة قد يكون أحد الرجلين أحذق فيها من الآخر . فربما يتقبل أحدهما ما لا يمكن الآخر عمله ، ولم يمنع ذلك صحتها فكذلك إذا اختلفت الصناعتان .

وقولهم : يلزم كل واحد منهما ما يتقبله صاحبه قال القاضي : يحتمل أن لا يلزمه ذلك ؛ لأنهما كالوكيلين بدليل صحتها في المباح . ولا ضمان فيها . وإن قلنا : يلزمه أمكنه تحصيل ذلك بالأجرة أو بمن يتبرع له بعمله ، ويدل على صحة هذا : أنه لو قال أحدهما : أنا أتقبل وأنت تعمل صحت الشركة ، وعمل كل واحد منهما غير عمل الآخر .

والربح في شركة الأبدان على ما اتفقوا عليه ، من مساواة أو تفاضل ؛ لأن العمل يستحق به الربح . ويجوز تفاضلهما في العمل . فجاز تفاضلهما في الربح

الحاصل به ، ولكل واحد منهما المطالبة بالأجرة ، وللمستأجر دفعها إلى كل واحد منهما ، وإلى أيهما دفعها برئ منها . وإن تلفت في يد أحدهما من غير تفريط فهي من ضمانهما معاً ؛ لأنهما كالوكيلين في المطالبة ، وما يتقبله كل واحد منهما من الأعمال فهو من ضمانهما ، يطالب به كل واحد منهما ويلزمه عمله ؛ لأن هذه الشركة لا تنعقد إلا على الضمان ولا شيء فيها تنعقد عليه الشركة حال الضمان ، فكأن الشركة تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه .

وقال القاضي : يحتمل أن لا يلزم أحدهما ما لزم الآخر كما ذكرنا من قبل ، وما يتلف بتعدي أحدهما أو تفريطه أو تحت يده على وجه يوجب الضمان عليه فذلك عليه وحده ، وإن أقر أحدهما بما في يده قبل عليه وعلى شريكه ؛ لأن اليد له فيقبل إقراره بما فيها . ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه ولا بدين عليه ؛ لأنه لا يد له على ذلك .

مسألة : **(وإن اشترك بدنان بمال أحدهما ، أو بدنان بمال غيرهما ، أو بدن ومال ، أو مالان وبدن صاحب أحدهما ، أو بدنان بماليهما ، تساوَى المال أو اختلف فكل ذلك جائز)** .

ذكر أصحابنا الشِّرَكَ الجائزة أربعاً . وقد ذكرنا نوعاً منها ، وهو شركة الأبدان ، وبقي ثلاثة أنواع ذكرها الخرقي في خمسة أقسام ، ثلاثة منها المضاربة ، وهي إذا اشترك بدنان بمال أحدهما أو بدن ومال ، أو مالان وبدن صاحب أحدهما .

وقسم منها : شركة الوجوه ، وهو إذا اشترك بدنان بمال غيرهما . وقال القاضي : معنى هذا القسم : أن يدفع واحد ماله إلى اثنين مضاربة . فيكون المضاربان شريكين في الربح بمال غيرهما ؛ لأنهما إذا أخذ المال بجاههما فلا يكونان مشتركين بمال غيرهما ، وهذا محتمل . والذي قلنا له وجه ، لكونهما اشتركا فيما يأخذان من مال غيرهما ، واخترنا هذا التفسير ؛ لأن كلام الخرقي بهذا التقدير يكون جامعاً لأنواع الشركة الصحيحة وعلى تفسير القاضي يكون مخلاً بنوع منها وهي شركة الوجوه . ويكون هذا المذكور نوعاً من المضاربة .

ولأن الخرقي ذكر الشركة بين اثنين . وهو صحيح على تفسيرنا ، وعلى تفسير القاضي : تكون الشركة بين ثلاثة ، وهو خلاف ظاهر قول الخرقي .

والقسم الخامس : إذا اشترك بدنان بماليهما ، وهذه شركة العنان ، وهي مجمع عليها . فأما شركة الوجوه : فهو أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهما ، من غير أن يكون لهما رأس مال ، على أن ما اشتريا بينهما نصفين أو أثلاثاً أو أرباعاً أو نحو ذلك ، ويبيعان ذلك فما قسم الله فهو بينهما فهي جائزة ، سواء عين أحدهما لصاحبه ما يشتريه أو قدره أو وقته ، أو وصف المال[1] ، أو لم يعين شيئاً من ذلك ، بل قال : ما اشتريت من شيء فهو بيننا . وبهذا قال محمد ؛ لأنهما اشتركا في الابتياع . وأذن كل واحد منهما للآخر فيه . فصح وكان ما يتاعانه بينهما ، كما لو ذكرا شرائط الوكالة .

فعلى هذا إذا قال لرجل : ما اشتريت اليوم من شيء فهو بيني وبينك نصفان ، أو أطلق الوقت فقال : نعم ، أو قال : ما اشتريت أنا من شيء فهو بيني وبينك نصفان جاز وكانت شركة صحيحة ؛ لأنه أذن له في التجارة على أن يكون المبيع بينهما ، وهذا معنى الشركة ، ويكون توكيلاً له في شراء نصف المتاع بنصف الثمن . فيستحق الربح في مقابلة ملكه الحاصل في المبيع ، سواء خص ذلك بنوع من المتاع أو أطلق ، وكذلك إذا قالا : ما اشتريناه أو ما اشتراه أحدنا من تجارة فهو بيننا فهي شركة صحيحة . وهما في تصرفاتهما وما يجب لهما وعليهما وفي إقرارهما وخصومتهما وغير ذلك بمنزلة شريكي العنان على ما سنذكره إن شاء الله تعالى .

وأيهما عزل صاحبه عن التصرف انعزل ؛ لأنه وكيله ، وسميت هذه شركة الوجوه ؛ لأنهما يشتركان فيما يشتريان بجاههما والجاه والوجه واحد ، يقال : فلان وجيه ، إذا كان ذا جاه . قال الله في حق موسى : ﴿وكان عِندَ اللَّهِ وَجِيهاً﴾ [الأحزاب :٦٩] .

---

(١) في المغني: أو ذكر صنف المال ٥: ١٢٢.

وفي بعض الآثار : أن موسى عليه السلام قال : «يا رب! إن كان قد خَلَقَ جاهي عندك فأسألك بحق النبي الأمي الذي تبعثه في آخر الزمان . فأوحى الله إليه : ما خَلَقَ جاهُكَ عندي وإنك عندي لوجيه» .

القسم الثاني : أن يشترك بدنان بماليهما . وهذا النوع الثالث من أنواع الشرك ، وهي شركة العنان . ومعناها : أن يشترك رجلان بماليهما على أن يعملا فيهما بأبدانهما والربح بينهما . وهي جائزة بالإجماع ذكره ابن المنذر .

وإنما اختلف في بعض شروطها واختلف في علة تسميتها شركة العنان فقيل : سميت بذلك ؛ لأنهما يتساويان في المال والتصرف ؛ كالفارسين إذا استويا بين فرسيهما وتساويا في السير . فإن عنانيهما يكونان سواء ، وقال الفراء : هي مشتقة من عنّ الشيء إذا عرض ، يقال : عنّت لي حاجة إذا عرضت فسميت الشركة بذلك ؛ لأن كل واحد منهما عنّ له أن يشارك صاحبه ، وقيل : هي مشتقة من المعانتة . وهي المعارضة ، يقال : عاننت فلاناً إذا عارضته بمثل ماله وأفعاله فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وفعاله وهذا يرجع إلى قول الفراء .

فصل

ولا خلاف في أنه يجوز جعل رأس المال الدراهم والدنانير ، فإنهما قيم الأموال وأثمان البياعات . والناس يشتركون بها من لدن النبي ﷺ إلى زماننا من غير نكير ، فأما العروض فلا تجوز الشركة بها في ظاهر المذهب . نص عليه أحمد في رواية أبي طالب ، ورواه عنه ابن المنذر ، وكره ذلك أبو حنيفة وأصحابه والشافعي ؛ لأن الشركة إما أن تقع على أعيان العروض أو قيمتها أو أثمانها لا يجوز وقوعها على أعيانها ؛ لأن الشركة تقتضي الرجوع عند المفاصلة برأس المال أو بمثله . وهذه لا مثل لها فيرجع إليه . وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال . وقد تنقص قيمته ، فيؤدي إلى أن يشاركه الآخر في ثمن ملكه الذي ليس بربح ، ولا على قيمتها ؛ لأن القيمة غير متحققة القدر فيفضي إلى التنازع وقد يقوم الشيء بأكثر من قيمته .

ولأن القيمة قد تزيد في أحدهما قبل بيعه فيشاركه الآخر في العين المملوكة له ، ولا يجوز وقوعها على أثمانها ؛ لأنها معدومة حال العقد ولا يملكانها .

ولأنه إن أراد ثمنها الذي اشتراها به فقد خرج عن ملكه وصار للبائع ، وإن أراد ثمنها الذي يبيعها به فإنها تصير شركة معلقة على شرط وهو بيع الأعيان ، ولا يجوز ذلك ، وعن أحمد رواية أخرى : أن الشركة والمضاربة تجوز بالعروض وتجعل قيمتها وقت العقد رأس المال . واختار هذا أبو بكر وأبو الخطاب وهو قول مالك ؛ لأن مقصود الشركة جواز تصرفهما في المالين جميعاً ، وكون ربح المالين بينهما ، وهذا يحصل في العروض كحصوله في الأثمان فيجب أن تصح الشركة والمضاربة بها كالأثمان . ويرجع كل واحد منهما عند المفاصلة بقيمة ماله عند العقد كما أننا جعلنا نصاب زكاتها قيمتها .

فصل

وشركة العنان مبنية على الوكالة والأمانة ؛ لأن كل واحد منهما يدفع المال إلى صاحبه أمنه ، وبإذنه له في التصرف وكله ، ومن شرط صحتها : أن يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف ، فإن أذن له مطلقاً في جميع التجارات تصرف فيها . وإن عين له جنساً أو نوعاً أو بلداً تصرف فيه دون غيره ؛ لأنه متصرف بالإذن فوقف عليه كالوكيل ، ويجوز لكل واحد منهما أن يبيع ويشتري مساومة ومرابحة وتولية ومواضعة وكيف رأى المصلحة ؛ لأن هذا عادة التجار ، وله أن يقبض المبيع والثمن ويقبضهما ويخاصم في الدين ويطالب به ويحيل ويحتال ويرد بالعيب فيما وليه هو وفيما ولي صاحبه ، وله أن يستأجر من مال الشركة ويؤجر ؛ لأن المنافع أجريت مجرى الأعيان . فصار كالشراء والبيع ، والمطالبة بالأجر لهما وعليهما ؛ لأن حقوق العقد لا يختص العاقد .

القسم الثالث : أن يشترك بدن ومال . وهي المضاربة ، وتسمى قراضاً . ومعناها : أن يدفع رجلاً ماله إلى آخر يتجر له فيه ، على أن ما حصل من الربح بينهما على حسب ما يشترطانه . فأهل العراق يسمونه مضاربة ، مأخوذ من

الضربِ في الأرض ، وهو السفر فيها للتجارة . قال الله : ﴿وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ اللَّهِ﴾ [المزمل : ٢٠] . ويحتمل أن يكون من ضرب كل واحد منهما في الربح بسهم ، وأهل الحجاز يسمونه القراض ، قيل : هو مشتق من القطع ، يقال : قرض الفأر الثوب إذا قطعه . فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها إلى العامل ، واقتطع له قطعة من الربح ، وقيل : اشتقاقه من المساواة والموازنة ، يقال : تقارض الشاعران : إذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره ، وهاهنا من العامل العمل ومن الآخر المال فتوازنا .

وأجمع أهل العلم على جواز المضاربة في الجملة . ذكره ابن المنذر .

ولأن بالناس حاجة إلى المضاربة ، فإن الدراهم والدنانير لا تنمى إلا بالتقليب والتجارة ، وليس كل من يملكها يحسن التجارة ، ولا كل من يحسن التجارة له رأس مال فاحتيج إليها من الجانبين ، فشرعها الله لدفع الحاجتين .

إذا ثبت هذا ، فإنها تنعقد بلفظ المضاربة والقراض ؛ لأنهما لفظان موضوعان لها أو بما يؤدي معناهما ؛ لأن المقصود المعنى . فجاز بما يدل عليه ؛ كلفظ التمليك في البيع .

فصل

وحكمها حكم شركة العنان ، في أن كل ما جاز للشريك عمله جاز للمضارب ، وما منع منه الشريك منع منه المضارب ، وما اختلف فيه ثم فهاهنا مثله ، وما جاز أن يكون رأس مال الشركة جاز أن يكون رأس مال المضاربة ، وما لا يجوز ثم لا يجوز هاهنا على ما فصلناه .

القسم الرابع : أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما فهذا يجمع شركة ومضاربة . وهو صحيح فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لأحدهما ألف وللآخر ألفان فأذن صاحب الألفين لصاحب الألف يتصرف فيها على أن يكون الربح بينهما نصفين صح . ويكون لصاحب الألف ثلث الربح بحق ماله والباقي وهو ثلثا الربح بينهما ، لصاحب الألفين ثلاثة أرباعه ، وللعامل ربعه ، وذلك لأنه

جعل له نصف الربح ، فجعلناه ستة أسهم ، منها ثلاثة للعامل حصة ماله سهمان وسهم يستحقه بعمله في مال شريكه ، وحصة مال شريكه أربعة أسهم ، للعامل سهم وهو الربع .

فإن قيل : فكيف تجوز المضاربة ورأس المال مشاع؟

قلنا : إنما تمنع الإشاعة الجواز إذا كانت مع غير العامل ؛ لأنها تمنعه من التصرف . بخلاف ما إذا كانت مع العامل . فإنها لا تمنعه من التصرف فلا تمنع من صحة المضاربة ، وإن شرط للعامل ثلث الربح فقط فمال صاحبه إبضاع في يده ، وليست مضاربة ؛ لأن المضاربة إنما تحصل إذا كان الربح بينهما . فأما إذا قال : ربح مالك لك ، وربح مالي لي فقبل الآخر كان إبضاعاً لا غير . وبهذا قال الشافعي ؛ لأنهما لم يجعلا أحد العقدين شرطاً للآخر . فلم يمنع من جميعهما ؛ كما لو كان المال مميزاً .

القسم الخامس : أن يشترك بدنان بمال أحدهما ، وهو أن يكون المال من أحدهما والعمل منهما ، مثل أن يخرج أحدهما ألفاً ويعملان فيها معاً والربح بينهما ، فهذا جائز . نص عليه أحمد في رواية أبي الحارث ، وتكون مضاربة ؛ لأن غير صاحب المال يستحق المشروط له من الربح بعمله في مال غيره ، وهذا هو حقيقة المضاربة . وقال بن حامد والقاضي وأبو الخطاب : إذا شرط أن يعمل معه رب المال لم يصح . وهذا مذهب أبي حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وابن المنذر ، قال : ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال إلى العامل ويخلي بينه وبينه ؛ لأن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى المضارب . فإذا شرط عليه العمل فلم يسلمه ؛ لأن يده عليه فيخالف موضوعها ، وتأول القاضي كلام أحمد والخرقي على أن رب المال عمل من غير اشتراط .

والأول أصح ؛ لأن العمل أحد ركني المضاربة . فجاز أن ينفرد به أحدهما مع وجود الأمرين من الآخر كالمال ، وقولهم : أن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى العامل ممنوع ، إنما يقتضي إطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه ،

وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل . ولهذا لو دفع ماله إلى اثنين مضاربة صح ولم يحصل تسليم المال إلى أحدهما .

وإن شرط أن يعمل معه غلام رب المال صح . وهذا ظاهر كلام الشافعي وقول أكثر أصحابه . ومنعه بعضهم ، وهو قول القاضي أبي يعلى ؛ لأن يد الغلام كيد سيده . وقال أبو الخطاب : فيه وجهان :

أحدهما : الجواز ؛ لأن عمل الغلام مال لسيده . فصح ضمه إليه ، كما يصح أن يضم إليه بهيمة يعمل عليها .

مسألة : **(والربح على ما اصطلحا عليه)** .

يعني في جميع أقسام الشركة . ولا خلاف في ذلك في المضاربة المحضة . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح أو نصفه ، أو ما يصطلحان عليه ، بعد أن يكون ذلك معلوماً جزءاً من أجزاء .

ولأن استحقاق المضارب الربح بعمله . فجاز ما يتفقان عليه من قليل وكثير ، كالأجرة في الإجارة ، وكالجزء من الثمرة في المساقاة والمزارعة .

فصل

وأما شركة العنان فيجوز أن يجعلا الربح على قدر المالين ويجوز أن يتساويا مع تفاضلهما في المال وأن يتفاضلا مع تساويهما في المال . وبهذا قال أبو حنيفة ؛ لأن العمل مما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضلا في الربح مع وجود العمل منهما كالمضاربين لرجل واحد ، وذلك لأن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل . فجاز له أن يشترط زيادة في الربح في مقابلة عمله ، كما يشترط الربح في مقابلة عمل المضارب .

يحققه : أن هذه الشركة معقودة على المال والعمل جميعاً ولكل واحد منهما حصته من الربح إذا كان مفرداً . فكذلك إذا اجتمعا .

وأما شركة الأبدان فهي معقودة على العمل المجرد . وهما يتفاضلان فيه مرة ويتساويان أخرى فجاز ما اتفقا عليه من مساواة أو تفاضل . كما ذكرنا في شركة العنان ، بل هذه أولى ؛ لانعقادها على العمل المجرد .

وأما شركة الوجوه فكلام الخرقي بعمومه يقتضي جواز ما يتفقان عليه من مساواة أو تفاضل ، وهو قياس المذهب ؛ لأن سائر الشركات الربح فيها على ما يتفقان عليه فكذلك هذه .

ولأنها تنعقد على العمل وغيره ، فجاز ما اتفقا عليه كشركة العنان .

وقال القاضي : الربح بينهما على قدر ملكيهما في المشترى ؛ لأن الربح يستحق بالضمان ، إذ الشركة وقعت عليه خاصة ، إذ لا مال عندهما فيشتركان على العمل . والضمان لا تفاضل فيه ، فلا يجوز التفاضل في الربح .

والأول أصح ؛ لأنها شركة فيها عمل . فجاز ما اتفقا عليه في الربح ؛ كسائر الشركات . وقول القاضي : لا مال لهما يعملان فيه . قلنا : إنما يشتركان ليعملا في المستقبل فيما يأخذانه بجاههما ، كما أن سائر الشركات إنما يكون العمل فيها فيما يأتي . فكذلك هاهنا .

فصل

وأما المضاربة التي فيها شركة . وهي أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما ، مثل أن يخرج كل واحد منهما ألفاً ويأذن أحدهما للآخر في التجارة بهما . فمهما شرطا للعامل من الربح إذا زاد على النصف جاز ؛ لأنه مضارب لصاحبه في ألف ، ولعامل المضاربة ما اتفقا عليه بغير خلاف ، وإن شرطا له دون نصف الربح لم يجز ؛ لأن الربح يستحق بمال وعمل ، وهذا الجزء الزائد على النصف المشروط لغير عامل لا مقابل له فبطل شرطه ، وإن جعلا الربح بينهما نصفين فليس هذا شركة ولا مضاربة ؛ لأن شركة العنان تقتضي أن يشتركا في المال والعمل والمضاربة تقتضي أن للعامل نصيبه من الربح في مقابلة عمله و لم يجعل له هاهنا في مقابلة عمله شيئاً ، وإنما جعلا الربح على قدر المالين وعمله في نصيب

صاحبه تبرع . فيكون ذلك إبضاعاً . وهو جائز إن لم يكن ذلك عوضاً عن قرض . فإن كان العامل اقترض الألف أو بعضها من صاحبه لم يجز ؛ لأنه جعل عمله في مال صاحبه عوضاً عن قرضه وذلك غير جائز .

وأما إذا اشترك بدنان بمال أحدهما مثل أن يخرج أحدهما ألفاً ويعملان جميعاً فيه ، فإن للعامل الذي لا مال له من الربح ما اتفقا عليه ؛ لأنه مضارب محض فأشبه ما لو لم يعمل معه رب المال ، فحصل ما ذكرنا أن الربح بينهما على ما اصطلحا عليه في جميع أنواع الشركة سوى ما ذكرنا في المضاربة التي فيها شركة على ما شرحنا .

فصل

ومن شرط صحة المضاربة : تقدير نصيب العامل ؛ لأنه يستحقه بالشرط فلم يقدر إلا به ، ولو قال : خذ هذا المال مضاربة ، ولم يسم للعامل شيئاً [من الربح][1] فالربح كله لرب المال والوضيعة عليه وللعامل أجر مثله . نص عليه أحمد ، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي ؛ لأن المضارب إنما يستحق بالشرط ولم يوجد . وإن قال : خذه مضاربة والربح بيننا صح وكان بينهما نصفين ؛ لأنه أضافه إليهما إضافة واحدة لم يترجح فيها أحدهما على الآخر . فاقتضى التسوية كما لو قال : هذه الدار بيني وبينك . فإن قدر نصيب العامل بجزء معلوم مشاع كالثلث والربع ونحوهما صح ، والباقي لرب المال ؛ لأنه يستحق الربح بماله لكونه نماءه وفرعه ، والعامل يأخذ بالشرط فما شرط له استحقه ، وما بقي فلرب المال بحكم الأصل . وإن قدر نصيب رب المال مثل أن يقول : ولي ثلث الربح ولم يذكر نصيب العامل ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يصح ؛ لأن العامل إنما يستحق بالشرط ولم يشرط له شيء ، فتكون المضاربة فاسدة .

(١) زيادة من المغني ٥: ١٤٢.

والثاني : يصح ، وبه قال أبو حنيفة فيكون الباقي عن المشروط للعامل ؛ لأن الربح لهما لا يستحقه غيرهما . فإذا قدر نصيب أحدهما منه فالباقي للآخر من مفهوم اللفظ ، كما علم ذلك من قوله تعالى : ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ [النساء:١١] ولم يذكر نصيب الأب ، فعلم أن الباقي له فكذلك هاهنا .

والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة في وجوب معرفة قدر ما لكل واحد منهما من الربح ، إلا أنهما إذا أطلقاها ولم يذكرا الربح كان بينهما على قدر المالين ، وفي شركة الوجوه : يكون على قدر ملكيهما في المشترى ؛ لأن لهما أصلاً يرجعان إليه . ويتقدر الربح به ، بخلاف المضاربة . فإنه لا يمكن تقدير الربح فيها بالمال والعمل ، لكون أحدهما من غير جنس الآخر ، فلا يعلم قدره منه . وأما شركة الأبدان فلا مال فيها يقدر الربح به .

وقال صاحب المغني : يحتمل أن يتقدر بالعمل ؛ لأن عمل أحدهما من جنس عمل الآخر . فقد تساويا في أصل العمل فيكون ذلك أصلاً يرجع إليه . قال : ويحتمل أن لا يتقدر به ؛ لأن العمل يقل ويكثر ويتفاضل . ولا يوقف على مقداره ، بخلاف المال فيعتبر ذكر الربح والمعرفة به كما في المضاربة .

مسألة : (**والوضيعة على قدر المال**) .

يعني : الخسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله . فإن كان مالهما[1] متساوياً في القدر فالخسران بينهما نصفان . وإن كان أثلاثاً فالوضيعة أثلاث ، لا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم . وفي شركة الوجوه : تكون الوضيعة على قدر ملكيهما في المشترى ، سواء كان الربح بينهما كذلك أو لم يكن ، وسواء كانت الوضيعة لتلف أو نقصان في الثمن عما اشتريا به أو غير ذلك . والوضيعة في المضاربة على المال خاصة ليس على العامل منها شيء ؛ لأن الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال . وهو مختص بملك ربه ، لا شيء للعامل فيه . فيكون نقصه من ماله دون غيره . وإنما يشتركان فيما يحصل من النماء فأشبه المساقاة

(١) زيادة من المغني ٥: ١٤٧.

والمزارعة . فإن رب الأرض والشجر يشارك العامل فيما يحدث من الزرع والثمر . وإن تلف الشجر أو هلك شيء من الأرض بغرق أو غيره بغير تفريط لم يكن على العامل شيء .

مسألة : **(ولا يجوز أن يجعل لأحد من الشركاء فضل دراهم)** .

أما إذا جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة ، أو جعل مع نصيبه دراهم ، مثل أن يشترط لنفسه جزءاً وعشرة دراهم بطلت الشركة . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة . والجواب فيما لو قال : لك نصف الربح إلا عشرة دارهم ، أو نصف الربح وعشرة دراهم كالجواب فيما إذا شرط دراهم مفردة . وإنما لم يصح ذلك لمعنيين :

أحدهما : أنه إذا شرط دراهم معلومة احتمل أن يربح غيرها . فيحصل على جميع الربح واحتمل أن لا يربحها فيأخذ من رأس المال جزءاً . وقد يربح كثيراً فيستضر من شرطت له الدراهم .

والثاني : أن حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالأجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر . فإذا جهلت الأجزاء فسدت ؛ كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلوماً به .

ولأن العامل متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما توانا في طلب الربح لعدم فائدته فيه وحصول نفعه لغيره ، بخلاف ما إذا كان له جزء من الربح .

مسألة : **(والمضارب إذا باع بنسيئة بغير إذن ضمن في إحدى الروايتين ، والرواية الأخرى : لا يضمن)** .

أما المضارب وغيره من الشركاء إذا نص له على التصرف نقداً أو نسيئة ، أو قيل له : بع بنقد البلد أو ذكر له نقد غيره جاز . ولم تجز مخالفته ؛ لأنه متصرف بالإذن فلا يتصرف في غير ما أذن له كالوكيل .

ولأن ذلك لا يمنع مقصود المضاربة . وقد بطلت بذلك الفائدة في العادة ، وإن أطلق فلا خلاف في جواز البيع حالاً ، وفي البيع نسيئة روايتان :

إحداهما : ليس له ذلك ، وهو قول مالك والشافعي ؛ لأنه نائب في البيع . فلم يجز له البيع نسيئة بغير إذن صريح فيه ؛ كالوكيل ، وذلك لأن النائب لا يجوز له التصرف إلا على وجه الحظ والاحتياط ، وفي النسيئة تغرير بالمال ، وقرينة الحال تقيد مطلق الكلام فيصير كأنه قال : بعه حالاً .

والثانية : يجوز له البيع نساء ، وهو قول أبي حنيفة واختيار ابن عقيل ؛ لأنه إذنه في التجارة والمضاربة ينصرف إلى التجارة المعتادة . وهذا عادة التجار ؛ لأنه يقصد به الربح والربح في النساء أكثر . ويفارق الوكالة المطلقة . فإنها لا تختص بقصد الربح . وإنما المقصود تحصيل الثمن فحسب . فإذا أمكن تحصيله من غير خطر كان أولى .

ولأن الوكالة المطلقة في البيع تدل على أن حاجة الموكل إلى الثمن ناجزة . فلم يجز تأخيره ، بخلاف المضاربة . وإن قال له : اعمل برأيك فله البيع نساء . وكذلك إذا قال له : تصرف كيف شئت ؛ لأنه داخل في عموم لفظه ، وقرينة حاله تدل على رضاه برأيه في صفات البيع وفي أنواع التجارة ، وهذا منها .

فصل

فائدة الروايتين : أنا إذا قلنا : له البيع نساء فالبيع صحيح . ومهما فات من الثمن لم يلزمه ضمانه ، إلا أن يفرط ببيع من لا يوثق به أو من لا يعرفه . فيلزمه ضمان الثمن الذي انكسر على المشتري . وإن قلنا : ليس له البيع نساء فالبيع باطل ؛ لأنه فعل ما لم يؤذن له فيه . فأشبه البيع من الأجنبي ، إلا على الرواية التي تقول : يقف بيع الأجنبي على الإجارة فهاهنا مثله . ويحتمل قول الخرقي صحة البيع ، فإنه إنما ذكر الضمان و لم يذكر فساد البيع . وعلى كل حال يلزم العامل الضمان ؛ لأن ذهاب الثمن حصل بتفريطه . فإن قلنا : بفساد البيع ضمن المبيع بقيمته إذا تعذر عليه استرجاعه ، إما لتلف المبيع أو امتناع المشتري من رده إليه ، وإن قلنا : بصحته احتمل أن يضمنه أيضاً ؛ لأنه لم يفت بالبيع أكثر منها ولا ينحفظ بتركه سواها ، وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها . واحتمل أن

يضمن الثمن ؛ لأنه وجب بالبيع وفات بتفريط البائع ، وإن نقص عن القيمة فقد انتقل الوجوب إليه ، بدليل أنه لو حصل الثمن لم يضمن شيئاً .

مسألة : **(وإذا ضارب لرجل لم يجز أن يضارب لآخر إذا كان فيه ضرر على الأول . فإن فعل وربح رده في شركة الأول)** .

أما إذا أخذ من إنسان مضاربة ثم أراد أخذ مضاربة من آخر فأذن له الأول جاز ، وإن لم يأذن له و لم يكن عليه ضرر جاز أيضاً بغير خلاف . وإن كان فيه ضرر على رب المال الأول و لم يأذن ، مثل أن يكون المال الثاني كثيراً يحتاج[1] إلى أن يقطع زمانه ويشغله عن التجارة في الأول أو يكون مال الأول كثيراً متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته لم يجز له ذلك ويقوى عندي جوازه ، وهو قول أكثر الفقهاء ؛ لأنه عقد لا يملك به منافعه كلها . فلم يمنع من المضاربة ؛ كما لو لم يكن فيه ضرر ، وكالأجير المشترك .

ووجه قول الخرقي : أن المضاربة على الحظ والنماء فإذ فعل ما يمنعه لم يكن له ، كما لو أراد التصرف بالعين ، وفارق ما لا ضرر فيه .

فعلى هذا إذا فعل وربح رد الربح في شركة الأول ويقسمانه . فينظر ما ربح في المضاربة الثانية ، فيدفع إلى رب المال منها نصيبه ، ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمنه إلى ربح المضاربة الأولى ويقاسمه لرب المضاربة الأولى ؛ لأنه استحق حصته من الربح بالمنفعة التي استحقت بالعقد الأول . فكان بينهما كربح المال الأول ، وأما حصة رب المال الثاني من الربح فتدفع إليه ؛ لأن العدوان من المضارب لا يسقط حق رب المال الثاني .

ولأنا لو رددنا ربح الثاني كله في الشركة الأولى لاختص الضرر برب المال الثاني . و لم يلحق المضارب شيء من الضرر والعدوان منه ، بل ربما انتفع إذا كان قد شرط الأول النصف والثاني الثلث .

---

(١) زيادة من المغني ٥: ١٦٣.

ولأنه لا يخلو إما أن يحكم بفساد المضاربة الثانية أو بصحتها فإن كانت فاسدة فالربح كله لرب المال وللمضارب أجر مثله . وإن حكمنا بصحتها وجب صرف حصة رب المال إليه لمقتضى العقد وموجب الشرط ، والنظر يقتضي أن لا يستحق رب المضاربة الأولى من ربح الثانية شيئاً ؛ لأنه إنما يستحق بمال أو عمل ، وليس له في المضاربة الثانية مال ولا عمل . وتعدي المضارب إنما كان بترك العمل واشتغاله عن المال الأول . وهذا لا يوجب عوضاً كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه أو آجر نفسه أو ترك التجارة للعب أو اشتغال بعلم أو غير ذلك . ولو أوجب عوضاً لأوجب شيئاً مقدراً لا يختلف ولا يتقدر بربحه في الثاني .

مسألة : **(وليس للمضارب ربح حتى يستوفي رأس المال)** .

يعني : أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال إلى ربه ، ومتى كان في المال خسران وربح جبرت الوضيعة من الربح ، سواء كان الخسران والربح في مرة واحدة ، أو الخسران في صفقة والربح في أخرى ، أو أحدهما في سفرة والآخر في أخرى ؛ لأن معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال . وما لم يفضل فليس بربح . ولا نعلم في هذا خلافاً .

مسألة : **(وإذا اشترى سلعتين فربح في إحداهما وخسر في الأخرى جبرت الوضيعة من الربح)** .

صورة المسألة : أن يدفع إلى المضارب ألفين فاشترى بكل ألف عبداً فربح في أحدهما وخسر في الآخر أو تلف وجب جبر الخسران من الربح . ولا يستحق المضارب شيئاً إلا بعد كمال الألفين ؛ لأنه تلف بعد أن دار في القراض والتصرف في المال والتجارة فكان تلفه من الربح ، كما لو كان رأس المال ديناراً واحداً فاشترى به سلعتين .

ولأنهما سلعتان تجبر خسارة إحداهما بربح الأخرى فجبر تلفها به ، كما لو كان رأس المال ديناراً .

ولأنه رأس مال واحد[1] فلا يستحق المضارب فيه ربحاً حتى يكمل رأس المال كالذي ذكرنا .

فصل

فأما إن تلف أحد الألفين قبل الشراء به والتصرف فيه أو تلف بعضه انفسخت المضاربة فيما تلف . وكان رأس المال للباقي خاصة ؛ لأنه مال هلك على جهته قبل التصرف فيه . فكان رأس المال الباقي كما لو[2] تلف قبل القبض وفارق ما بعد التصرف ؛ لأنه دار في التجارة وشرع فيما قصد بالعقد من التصرفات المؤدية إلى الربح .

مسألة : (**وإذا تبين للمضارب أن في يده فضلاً لم يكن له أخذ شيء منه إلا بإذن رب المال**) .

أما الربح إذا ظهر في المضاربة لم يجز للمضارب أخذ شيء منه بغير إذن رب المال . لا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم ، وإنما لم يملك ذلك لأمور ثلاثة :

أحدها : أن الربح وقاية لرأس المال . فلا يأمن الخسران الذي يكون هذا الربح جائزاً له . فيخرج بذلك عن أن يكون ربحاً .

الثاني : أن رب المال شريكه . فلم يكن له مقاسمة نفسه .

الثالث : أن ملكه عليه غير مستقر ؛ لأنه يعرض أن يخرج عن يده لجبران خسارة المال . وإن أذن رب المال في أخذ شيء جاز ؛ لأن الحق لهما لا يخرج عنهما .

فصل

وإن طلب أحدهما قسمة الربح دون رأس المال وأبى الآخر قدم قول الممتنع ؛ لأنه إن كان رب المال فلأنه لا يأمن الخسران في رأس المال فيجبره بالربح . وإن كان العامل فإنه لا يأمن أن يلزمه رد ما أخذ في وقت لا يقدر عليه وإن تراضيا

---

(١) زيادة من المغني ٥: ١٧٥.

(٢) مثل السابق.

على ذلك جاز ؛ لأن الحق لهما ، وسواء اتفقا على قسمة جميعه أو بعضه أو على أن يأخذَ كل واحد منهما شيئاً معلوماً ينفقه ، ثم إن ظهر في المال خسران أو تلف كله لزم العامل رد أقل الأمرين مما أخذه أو نصف خسران المال إذا اقتسما الربح نصفين . وبهذا قال الشافعي .

وإنما جازت قسمة الربح ؛ لأن المال لهما . فجاز لهما أن يقتسما بعضه كالشريكين ، أو نقول : إنهما شريكان . فجاز لهما قسمة الربح قبل المفاصلة كشريكي العنان .

فصل

ويملك العامل نصيبه من الربح بمجرد الظهور قبل القسمة في ظاهر المذهب . ذكره القاضي ، وبه قال أبو حنيفة . وحكى أبو الخطاب رواية أخرى : أنه لا يملكه إلا بالقسمة . وهو مذهب مالك . وللشافعي قولان كالمذهبين . واحتج من لم يملكه بأنه لو ملكه لاختص بربحه ، ولوجب[1] أن يكون شريكاً لرب المال كشريكي العنان .

والأول أصح ؛ لأن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه . وهو : أن يكون له جزء من الربح فإذا وجد يجب أن يملكه بحكم الشرط كما يملك المساقي حصته من الثمرة بظهورها . وقياساً على كل شرط صحيح في عقد .

ولأن هذا الربح مملوك فلا بد له من مالك ، ورب المال لا يملكه اتفاقاً . ولا تثبت أحكام الملك في حقه . فلزم أن يكون للمضارب .

ولأنه يملك المطالبة بالقسمة . فكان مالكاً كأحد شريكي العنان . ولا يمتنع أن يملكه ويكون وقاية لرأس المال كنصيب رب المال من الربح . وبهذا امتنع اختصاصه بربحه .

ولأنه لو اختص بربح نصيبه لاستحق من الربح أكثر مما شرطه له ، ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه .

---

(١) في الأصل: ولو وحب. وما أثبتناه من المغني ٥: ١٦٩.

مسألة : **(وإذا اتفق رب المال والمضارب على أن الربح بينهما والوضيعة عليهما كان الربح بينهما والوضيعة على المال)** .

أما إذا شرط على المضارب ضمان المال أو سهم من الوضيعة فالشرط باطل . لا نعلم فيه خلافاً والعقد صحيح . نص عليه أحمد ، وهو قول أبي حنيفة ومالك .

وروي عن أحمد : أن العقد يفسد به . وحكي هذا عن الشافعي ؛ لأنه شرط فاسد فأفسد المضاربة ؛ كما لو شرط لأحدهما فضل دراهم .

والمذهب الأول ؛ لأنه شرط لا يؤثر في جهالة الربح . فلم يفسد به ؛ كما لو شرط لزوم المضاربة ، ويفارق شرط الدراهم ؛ لأنه إذا فسد الشرط بقيت حصة كل واحد منهما من الربح مجهولة .

مسألة : **(ولا يجوز أن يقال لمن عليه دين : ضارب بالمال الذي عليك)** .

نص أحمد على هذا ، وهو قول أكثر أهل العلم ، ولا نعلم فيه مخالفاً إلا وجهاً لأصحابنا ؛ لأنه إذا اشترى شيئاً للمضاربة فقد اشتراه بإذن رب المال ، ودفع الدين إلى من أذن له في دفعه إليه فتبرأ ذمته منه . ويصير كما لو دفع إليه عرضاً وقال : بعه وضارب بثمنه .

والمذهب الأول .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أنه لا يجوز أن يجعل الرجل ديناً له على رجل مضاربة .

ولأن المال الذي في يدي من عليه الدين له . وإنما يصير لغريمه بقبضه و لم يوجد القبض هاهنا . وإن قال له : اعزل المال الذي لي عليك وقد قارضتك عليه ففعل واشترى بعين ذلك المال شيئاً للمضاربة وقع الشراء للمشتري ؛ لأنه اشترى لغيره بمال نفسه فحصل الشراء له ، وإن اشترى في ذمته فكذلك ؛ لأنه عقد القراض على ما لا يملكه وعلقه على شرط لا يملك به المال .

مسألة : **(وإن كان في يده وديعة جاز أن يقال له : ضارب بها)** .

وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي ؛ لأن الوديعة ملك رب المال . فجاز أن يضاربه عليها ، كما لو كانت حاضرة ، فقال : قارضتك على هذه الألف ،

وأشار إليها في زاوية البيت ، ولو كـانت الوديعـة قـد تلفـت بتفريطـه وصـارت في الذمة لم يجز أن يضاربه عليها ؛ لأنها صارت ديناً . والله أعلم .

كتاب الوكالة

وهي جائزة بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب ؛ فقول الله تعالى : ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا﴾ [التوبة : ٦٠] . فجوز العمل عليها . وذلك بحكم النيابة عن المستحقين . وأيضاً قوله تعالى : ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَاماً فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ﴾ [الكهف : ١٩] وهذه وكالة .

وأما السنة : فقد وكل النبي ﷺ في الشراء ، و « وكل عمرو بن أمية الضمري في نكاح أم حبيبة »[1] ، ووكل الجباة في أخذ الصدقة والجزية ، فكان في معنى الشراء البيع والإجارة والسلم والرهن والصلح والحوالة والضمان والكفالة والشركة والوديعة والإعارة والمضاربة والجعالة والمساقاة والقرض والهبة والوقف والصدقة ؛ لأنها أسباب شرعت ذرائع إلى المقاصد تكثر الحاجة إلى التوكيل فيها ، وفي معنى النكاح الخلع والطلاق والفسوخ في العقود والرجعة ، وفي معنى استيفاء الجزية والصدقات قبض الحقوق في الرهن والبيع وقبض الديون المستحقة .

وأجمعت الأمة على جواز الوكالة في الجملة .

ولأن الحاجة داعية إلى ذلك . فإنه لا يمكن كل أحد فعل ما يحتاج إليه بنفسه فدعت الحاجة إليها .

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : **(ويجوز التوكيل في الشراء والبيع ، ومطالبة الحقوق ، والعتق والطلاق ، حاضراً كان الموكل أو غائباً)** .

لا نعلم خلافاً في جواز التوكيل في البيع والشراء . وقد ذكرنا الدليل عليه من الآية والخبر .

ولأن الحاجة داعية إلى التوكيل فيه ؛ لأنه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء ، أو لا يمكنه الخروج إلى السوق . وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ١٣٩ كتاب النكاح، باب الوكالة في النكاح.

فيه ، وقد يحسن ولا يتفرّغ ، وقد لا تليق به التجارة لكونه امرأة أو ممن يعير بها ويحط ذلك من منزلته . فأباحها الشرع دفعاً للحاجة ، وتحصيلاً لمنفعة الآدمي المخلوق لعبادة الله تعالى .

ويجوز التوكيل في تحصيل المباحات ؛ كإحياء الموات واستقاء الماء والاصطياد والاحتشاش ؛ لأنها تملك مال بسبب لا يتعين عليه . فجاز التوكيل فيه كالابتياع والاتهاب . ويجوز التوكيل في إثبات القصاص وحد القذف واستيفائهما في حضرة الموكل وغيبته ؛ لأنهما من حقوق الآدميين ، وتدعو الحاجة إلى التوكيل فيهما ؛ لأن من له الحق قد لا يحسن الاستيفاء ، ولا يحب أن يتولاه .

ويجوز التوكيل في مطالبة الحقوق وإثباتها والمحاكمة فيها ، حاضراً كان الموكل أو غائباً ، صحيحاً أو مريضاً ، وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد ؛ لأنه حق تجوز النيابة فيه فكان لصاحبه الاستنابة بغير رضى خصمه ؛ كحالة غيبته ومرضه ، وكدفع المال الذي عليه .

ولأنه إجماع الصحابة رضي الله عنهم فـ « إن علياً وكل عقيلاً عند أبي بكر ، وقال : ما قُضِيَ له فلي ، وما قُضِيَ عليه فعليَّ » ، و « وكل عبدالله بن جعفر عند عثمان وقال : إن للخصومة قُحْماً ، وإن الشيطان ليحضرها وإني أكره أن أحضُرها » .

قال أبو زياد : القحم المهالك .

وهذه قصص انتشرت ؛ لأنها في مظنة الشهرة . فلم ينقل إنكارها .

ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك . فإنه قد يكون له حق أو يدعى عليه فلا يحسن الخصومة أو لا يحب أن يتولاها بنفسه ، ويجوز التوكيل في الإقرار ؛ لأنه إثبات حق في الذمة بالقول . فجاز التوكيل فيه ؛ كالبيع .

وفارق الشهادة فإنها لا تثبت الحق . وإنما هي إخبار بثبوته عن غيره .

فصل

وأما حقوق ا لله تعالى فما كان منها حداً كحد الزنا والسرقة جاز التوكيل في استيفائه ؛ لأن النبي ﷺ قال : «اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها . فغدا عليها[1] أنيس فاعترفت فأمر بها فرجمت»[2] رواه الجماعة .

و «أمر النبي ﷺ برجم ماعز فرجموه»[3] ، و «وكل عثمان علياً في إقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة . ووكل علي الحسن في ذلك فأبى الحسن فوكل عبدا لله بن جعفر فأقامه ، وعلي يعُدّ»[4] رواه مسلم .

ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك ؛ لأن الإمام لا يمكنه تولي ذلك بنفسه . ويجوز التوكيل في إثباتها .

وقال أبو الخطاب : لا يجوز في إثباتها . وهو قول الشافعي ؛ لأنها تسقط بالشبهات . وقد أمرنا بدرئها بها . والتوكيل يوصل إلى الإيجاب .

والأول أصح ؛ لحديث أنيس . فإن النبي ﷺ وكله في إثباته واستيفائه جميعاً . فإنه قال : «فإن اعترفت فارجمها» ، وهذا يدل على أنه لم يكن ثبت ، وقد وكله في إثباته .

ولأن الحاكم إذا استناب دخل في ذلك الحدود فإذا دخلت في التوكيل بطريق العموم وجب أن يدخل بالتخصيص بها أولى . والوكيل يقوم مقام الموكل في درئها بالشبهات وأما العبادات فما كان منها له تعلق بالمال كالزكاة والصدقات

---

(١) زيادة من الصحيح.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٧٥) ٢: ٩٧١ كتاب الشروط، باب الشروط التي لا تحل في الحدود.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٩٧) ٣: ١٣٢٤ كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى.
وأخرجه أبو داود في سننه (٤٤٤٥) ٤: ١٥٣ كتاب الحدود، باب المرأة التي أمر النبي ﷺ برجمها من جهينة.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٤٣٣) ٤: ٣٩ كتاب الحدود، باب ما جاء في الرجم على الثيب.
وأخرجه النسائي في سننه (٥٤١١) ٨: ٢٤١ كتاب آداب القضاة، صون النساء عن مجلس الحكم.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٤٩) ٢: ٨٥٢ كتاب الحدود ، باب حد الزنا.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٦٥٩٤) طبعة إحياء التراث.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٤٣٨) ٦: ٢٥٠٢ كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة، باب هل يقول الإمام للمقر: لعلك لمست أو غمزت.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٠٧) ٣: ١٣٣١ كتاب الحدود، باب حد الخمر.

والمنذورات والكفارات جاز التوكيل في قبضها وتفريقها ويجوز للمخرج التوكيل في إخراجها ودفعها إلى مستحقها. ويجوز أن يقول لغيره: أخرج زكاة مالي من مالك؛ لأن النبي ﷺ بعث عماله لقبض الصدقات وتفريقها. وقال لمعاذ حين بعثه إلى اليمن: «أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم. فإن هم أطاعوك بذلك فإياك وكرائم أموالهم، واتق دعوة المظلوم فإنه ليس بينها وبين الله حجاب»[1].

ويجوز التوكيل في الحج إذا يئس المحجوج عنه من الحج بنفسه، وكذلك العمرة. ويجوز أن يستناب من يحج عنه بعد الموت.

وأما العبادات البدنية؛ كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث فلا يجوز التوكيل فيها؛ لأنها تتعلق ببدن من هي عليه. فلا يقوم غيره مقامه فيها، إلا أن الصيام المنذور يفعل عن الميت، وليس ذلك بتوكيل؛ لأنه لم يوكل في ذلك ولا وكل فيه غيره. ولا يجوز في الصلاة إلا في ركعتي الطواف تبعاً للحج[2]، ولا في فعل الصلاة المنذورة، وفي الاعتكاف المنذور عن الميت روايتان. ولا تجوز الاستنابة في الطهارة إلا في صب الماء وإيصال الماء إلى الأعضاء. وفي تطهير النجاسة عن البدن والثوب وغيرهما.

مسألة: **(وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل فيه، إلا أن يجعل ذلك إليه)**.

لا يخلو التوكيل من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن ينهى الموكل وكيله عن التوكيل. فلا يجوز له ذلك؛ لأن ما نهاه عنه غير داخل في إذنه. فلم يجز له؛ كما لو لم يوكله.

الثاني: أذن له في التوكيل فيجوز له ذلك؛ لأنه عقد أذن له فيه. فكان له فعله؛ كالتصرف المأذون فيه، ولا نعلم في هذين خلافاً. وإن قال له: وكلتك

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٤٢٥) ٢: ٥٤٤ كتاب الزكاة، باب أخذ الصدقة من الأغنياء وترد في الفقراء حيث كانوا.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٩) ١: ٥١ كتاب الإيمان، باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام.

(٢) زيادة من المغني ٥: ٢٠٧.

فاصنع ما شئت فله أن يوكل ؛ لأن لفظه عام فيما شاء . فيدخل في عمومه التوكيل .

الثالث : أطلق الوكالة . فلا يخلو من أقسام ثلاثة :

أحدها : أن يكون العمل مما يرتفع الوكيل عن مثله ؛ كالأعمال الدنية في حق أشراف الناس المرتفعين عن فعلها في العادة ، أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه أو غير ذلك فإنه يجوز له التوكيل فيه ؛ لأنه إذا كان مما لا يعمله[1] الوكيل عادة انصرف الإذن إلى ما جرت به العادة من الاستنابة فيه .

القسم الثاني : أن يكون مما يعمله بنفسه ، إلا أنه يعجز عن عمله كله لكثرته وانتشاره . فيجوز له التوكيل في عمله أيضاً ؛ لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل . فجاز التوكيل في فعل جميعه ؛ كما لو أذن في التوكيل بلفظه .

وقال القاضي : عندي أنه إنما له التوكيل فيما زاد على ما يتمكن من عمله بنفسه ؛ لأن التوكيل إنما جاز للحاجة . فاختص ما دعت إليه الحاجة بخلاف وجود إذنه فإنه مطلق . ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين .

القسم الثالث : ما عدا هذين القسمين . وهو ما يمكنه عمله بنفسه ولا يترفع عنه . فهل يجوز له التوكيل فيه؟ على روايتين :

أحدهما : لا يجوز . وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي ؛ لأنه لم يأذن له في التوكيل ولا تضمنه إذنه . فلم يجز ؛ كما لو نهاه .

ولأنه استئمان فيما يمكنه النهوض فيه . فلم يكن له أن يوليه لمن لم يأمنه عليه ؛ كالوديعة .

والأخرى : يجوز ؛ لأن الوكيل له أن يتصرف بنفسه فملكه بنائبه كالمالك ، والأولة أولى . ولا يشبه الوكيل المالك . فإن المالك يتصرف بنفسه[2] في ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل .

---

(١) في الأصل: مما يعمله . وما أثبتناه من المغني ٥: ٢١٥.

(٢) زيادة من المغني ٥: ٢١٦.

فصل

وكل وكيل جاز له التوكيل فليس له أن يوكل إلا أميناً ؛ لأنه لا نظر للموكل في توكيل من ليس بأمين ، فيقيد جواز التوكيل بما فيه الحظ والنظر كما أن الإذن[1] في البيع يتقيد بالبيع بثمن المثل ، إلا أن يعين له الموكل من يوكله . فيجوز توكيله وإن لم يكن أميناً ؛ لأنه قطع نظره بتعيينه . وإن وكل أميناً فصار خائناً فعليه عزله ؛ لأن تركه يتصرف مع الخيانة تضييع وتفريط . والوكالة تقتضي استئمان أمين ، وهذا ليس بأمين فوجب عزله .

والحكم في الوصي يوكل فيما أوصي به إليه ، وفي الحاكم يولي القضاء في ناحية يستنيب غيره حكم الوكيل فيما ذكرنا من التفصيل ، إلا أن المنصوص عن أحمد جواز ذلك . وهو قول الشافعي في الوصي ؛ لأن الوصي يتصرف بولاية . بدليل أنه يتصرف فيما لم ينص له على التصرف فيه . والوكيل لا يتصرف إلا فيما نص له عليه . والجمع بينهما أولى ؛ لأنه متصرف في مال غيره بالإذن . فأشبه الوكيل . وإنما يتصرف فيما اقتضته الوصية كالوكيل إنما يتصرف فيما اقتضته الوكالة .

مسألة : **(وإذا باع الوكيل ثم ادعى تلف الثمن بغير تعد منه فلا ضمان عليه . فإن اتّهم حلف)** .

إذا اختلف الوكيل والموكل لم يخل من خمسة أحوال :

أحدها : أن يختلفا في التلف . فيقول الوكيل : تلف مالك في يدي أو الثمن الذي قبضته ثمن متاعك تلف في يدي فيكذبه الموكل . فالقول قول الوكيل مع يمينه ؛ لأنه أمين . وهذا مما يتعذر إقامة البينة عليه . فلا يكلف ذلك كالمودع ، وكذلك كل من كان في يده شيء لغيره على سبيل الأمانة ؛ كالأب والوصي وأمين الحاكم والمودع والشريك والمضارب والمرتهن والمستأجر والأجير المشترك .

---

(١) في الأصل: كما لو أذن. وما أثبتناه من المغني ٥: ٢١٦.

وإنما كان كذلك ؛ لأنه لو كلف ذلك مع تعذره عليه لامتنع الناس من الدخول في الأمانات مع الحاجة إليها ، فيلحقهم الضرر .

قال القاضي : إلا أن يدعي التلف بأمر ظاهر ؛ كالحريق والنهب وشبههما . فعليه إقامة البينة على وجود هذا الأمر في تلك الناحية ثم يكون القول قوله في تلفها بذلك . وهذا قول الشافعي ؛ لأن وجود الأمر [الظاهر مما][1] لا يخفى . فلا تتعذر إقامة البينة عليه .

الحال الثاني : أن يختلفا في تعدي الوكيل أو تفريطه في الحفظ ، ومخالفته أمر موكله ، مثل أن يدعي عليه أنك حملت على الدابة فوق طاقتها ، أو حملت عليها شيئاً لنفسك ، أو فرطت في حفظها ، أو لبست الثوب ، أو أمرتك بردّ المال فلم تفعل ونحو ذلك . فالقول قول الوكيل أيضاً مع يمينه ؛ لما ذكرنا في الذي قبله . ولأنه منكر لما يدعى عليه . والقول قول المنكر .

ومتى ثبت التلف في يده من غير تعديه ، إما بقبول قوله وإما بإقرار موكله أو ببينة فلا ضمان عليه . سواء تلف المتاع الذي أمر ببيعه أو باعه وقبض ثمنه فتلف الثمن ، وسواء كان بجعل أو بغير جعل ؛ لأنه نائب المالك في اليد والتصرف . فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك ، وجرى مجرى المودع والمضارب وشبههما . وإن تعدى أو فرط ضمن وكذلك سائر الأمناء .

ولو باع الوكيل سلعة وقبض ثمنها فتلف من غير تعد واستحق المبيع رجع المشتري بالثمن على الموكل دون الوكيل ؛ لأن المبيع له . فالرجوع بالعهدة عليه ؛ كما لو باع بنفسه .

الحال الثالث : أن يختلفا في التصرف ، فيقول الوكيل : بعت الثوب وقبضت الثمن فتلف ، فيقول الموكل : لم تبع ولم تقبض ، أو يقول : بعت ولم تقبض شيئاً ، فالقول قول الوكيل . ذكره ابن حامد . وهو قول أبي حنيفة وأصحابه ؛ لأنه يملك

(١) زيادة من المغني ٥: ٢٢١.

البيع والقبض، فيقبل قوله فيهما، كما يقبل قول ولي المرأة المجبرة على النكاح في تزويجها.

قال صاحب المغني: ويحتمل أن لا يقبل قوله. وهو أحد القولين للشافعي؛ لأنه يقر بحق لغيره على موكله. فلم يقبل؛ كما لو أقر بدين عليه.

الحال الرابع: أن يختلفا في الرد فيدعيه الوكيل فينكره الموكل. فإن كان بغير جعل فالقول قول الوكيل؛ لأنه قبض المال لنفع مالكه. فكان القول قوله كالمودع. وإن كان بجعل ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول قوله؛ لأنه وكيل. فكان القول قوله كالأول.

والثاني: لا يقبل قوله؛ لأنه قبض المال لنفع نفسه. فلم يقبل قوله.

الحال الخامس: إذا اختلفا في أصل الوكالة فقال: وكلتني، فأنكر الموكل. فالقول قول الموكل؛ لأن الأصل عدم الوكالة. ولم يثبت أنه أمينه ليقبل قوله عليه. ولو قال: وكلتك ودفعت إليك مالاً، فأنكر الوكيل ذلك كله، أو اعترف بالتوكيل وأنكر دفع المال إليه: فالقول قوله لذلك.

مسألة: (**ولو أمر وكيله أن يدفع إلى رجل مالاً، فادعى أنه دفعه إليه لم يقبل قوله على الآمر إلا ببينة**).

أما الرجل إذا وكل وكيلاً في قضاء دينه ودفع إليه مالاً ليدفعه إليه فادعى الوكيل قضاء الدين ودفع المال إلى الغريم لم يقبل قوله على الغريم إلا ببينة؛ لأنه ليس بأمينه. فلم يقبل قوله عليه في الدفع إليه؛ كما لو ادعى الموكل ذلك. فإذا حلف الغريم فله مطالبة الموكل؛ لأن ذمته لا تبرأ بدفع المال إلى وكيله. فإذا دفعه فهل للموكل الرجوع على وكيله؟ ينظر. فإن ادعى أنه قضى الدين بغير بينة فللموكل الرجوع عليه إذا قضاه في غيبة الموكل. قال القاضي: سواء صدقه أنه قضى الحق أو كذبه. وهذا قول الشافعي؛ لأنه أذن له في قضاء يبرئه ولم يوجد.

وعن أحمد رواية أخرى : لا يرجع عليه بشيء ، إلا أن يكون أمره بالإشهاد [فلم يفعل][1] ، فعلى هذه الرواية : إن صدقه الموكل في الدفع لم يرجع عليه بشيء ، وإن كذبه فالقول قول الوكيل مع يمينه . وهذا قول أبي حنيفة ؛ لأنه ادعى فعل ما أمر به موكله . فكان القول قوله ؛ كما لو أمره ببيع ثوبه فادعى أنه باعه .

ووجه الأول : أنه مفرط بترك الإشهاد فضمن ؛ كما لو فرط في البيع بدون ثمن المثل .

فإن قيل : فلم يأمره بالإشهاد؟

قلنا : إطلاق الأمر بالقضاء اقتضى ذلك ؛ لأنه لا يثبت إلا به فيصير كأمره بالبيع والشراء يقتضي ذلك العرف لا العموم كذا هاهنا ، وقياس القول الآخر يمكن القول بموجبه وأن قوله مقبول في القضاء لكن لزمه الضمان لتفريطه لا لرد قوله . وعلى هذا لو كان القضاء بحضرة الموكل لم يضمن الوكيل شيئاً ؛ لأن تركه الإشهاد والاحتياط رضى منه بما فعل وكيله . وكذلك لو أذن له في القضاء بغير إشهاد فلا ضمان على الوكيل ؛ لأن صريح قوله يقدم على ما تقتضيه دلالة الحال . وكذلك إن أشهد على القضاء عدولاً فماتوا أو غابوا فلا ضمان عليه ؛ لعدم تفريطه .

وإن اختلف الوكيل والموكل فقال : قضيت الدين بحضرتك قال : بل في غيبتي ، أو قال : أذنت لي في قضائه بغير بينة فأنكر الإذن ، أو قال : أشهدت على القضاء شهوداً فماتوا فأنكره الموكل . فالقول قول الموكل ؛ لأن الأصل معه .

مسألة : (**وشراء الوكيل من نفسه غير جائز وكذلك الوصي**) .

أما من وكل في بيع شيء لم يجز له أن يشتريه من نفسه في إحدى الروايتين ، وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه والشافعي ، وكذلك الوصي لا يجوز أن يشتري من مال اليتيم شيئاً لنفسه ، وهو مذهب الشافعي .

والرواية الثانية ، عن أحمد : يجوز لهما أن يشتريا بشرطين :

---

(١) زيادة من المغني ٥: ٢٣٢.

أحدهما : أن يزيدا على مبلغ ثمنه في النداء .

والثاني : أن يتولى النداء غيره .

قال القاضي : يحتمل أن يكون اشتراط تولي غيره للنداء واجباً ، ويحتمل أن يكون مستحباً . والأول أشبه بكلامه .

وقال أبو الخطاب : الشرط الثاني : أن يولي من يبيع ويكون هو أحد المشترين .

فإن قيل : فكيف يجوز له دفعها إلى غيره ليبيعها وهذا توكيل وليس للوكيل التوكيل ؟

قلنا : يجوز التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه والنداء مما لم تجر العادة أن يتولاه أكثر الناس بنفوسهم ، وإن وكل إنساناً يشتري له وباعه هو جاز على هذه الرواية ؛ لأنه امتثل أمر موكله في البيع وحصل غرضه من الثمن . فجاز كما لو اشتراها أجنبي .

ووجه قول الخرقي : أن العرف في البيع بيع الرجل من غيره . فحملت الوكالة عليه ؛ كما لو صرح به فقال : بعه غيرك .

ولأنه تلحقه التهمة ويتنافى الغرضان في بيعه نفسه . فلم يجز ؛ كما لو نهاه .

والوصي كالوكيل ؛ لأنه يلي بيع مال غيره بتوليه . فأشبه الوكيل أو متهم ، فهو كالوكيل بل التهمة في الوصي آكد ؛ لأن الوكيل يتهم في ترك الاستقصاء في الثمن لا غير . والوصي يتهم في ذلك ، وفي أنه يشتري من مال اليتيم ما لا حظ لليتيم في بيعه . فكان أولى بالمنع .

والحكم في الحاكم وأمينه كالحكم في الوكيل ، والحكم في بيع أحد هؤلاء لوكيله أو ولده الصغير أو طفل يلي عليه أو لوكيله أو عبده المأذون كالحكم في بيعه لنفسه . كل ذلك يخرج على روايتين بناء على بيعه لنفسه .

مسألة : **(وشراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل جائز . وكذلك شراؤه له من نفسه)** .

يعني : أن الأب يجوز أن يشتري لنفسه من مال ابنه الذي في حجره ويبيع ولده من مال نفسه . وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي . ويحتمل أن لا يجوز ؛ لأن حقوق العقد تتعلق بالعقد . فلا يجوز أن يتعلق به حكمان متضادان .

ولأنه لا يجوز له أن يكون موجباً وقابلاً[1] في عقد واحد ، كما لا يجوز أن يتزوج بنت عمه من نفسه .

ووجه الأول وعليه العمل : أن هذا يلي بنفسه . فجاز أن يتولى طرفي العقد ؛ كالأب يزوج ابنته عبده الصغير ، والسيد يزوج عبده أمته . ولا نسلم [ما ذكره من][2] تعلق حقوق العقد بالعاقد لغيره .

ولأن التهمة بين الأب وولده منتفية . إذ من طبعه الشفقة عليه والميل له ، وترك حظ نفسه لحظه . فلذلك جاز ، وفارق الغير فإن التهمة غير منتفية في حقهم .

مسألة : **(وما فعله الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فباطل)** .

الوكالة من العقود الجائزة من الطرفين فللموكل عزل وكيله متى شاء ، وللوكيل عزل نفسه[3] ؛ لأنه أذن في التصرف . فكان لكل واحد منهما إبطاله ؛ كما لو أذن في أكل طعامه ، وتبطل أيضاً بموت أحدهما أيهما كان وجنونه المطبق ، ولا خلاف في هذا . فمتى تصرف الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل إذا علم ذلك . فإن لم يعلم الوكيل بالعزل ولا موت الموكل فعن أحمد : فيه روايتان ، وللشافعي فيه قولان .

وظاهر كلام الخرقي : أنه ينعزل ، علم أو لم يعلم . ومتى تصرف فبان أن[4] تصرفه بعد عزله أو موت موكله فتصرفه باطل ؛ لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضى صاحبه . فلا يفتقر إلى علمه ؛ كالطلاق والعتاق .

---

(١) في الأصل: قابلاً. وما أثبتناه من المغني ٥: ٢٤٢.

(٢) زيادة من المغني ٥: ٢٤٢.

(٣) في الأصل: من الطرفين فللوكيل عزل نفسه. وما أثبتناه من المغني ٥: ٢٤٢.

(٤) زيادة من المغني ٥: ٢٤٢.

والرواية الثانية : لا ينعزل قبل علمه بموت الموكل وعزله . نص عليه أحمد ؛ لأنه لو انعزل قبل علمه كان فيه ضرر ؛ لأنه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة ، وربما باع الجارية فيطأها المشتري ، أو الطعام فيأكله أو غير ذلك ، فيتصرف فيه المشتري ، ويجب ضمانه ، ويتضرر المشتري والوكيل .

ولأنه يتصرف بأمر الموكل ، ولا يثبت حكم الرجوع في حق المأمور قبل علمه ؛ كالفسخ .

فعلى هذه الرواية متى تصرف قبل العلم نفذ تصرفه .

مسألة : **(وإذا وكله في طلاق زوجته فهو في يده حتى يفسخ أو يطأ)** .

أما الوكالة إذا وقعت مطلقة غير مؤقتة ملك التصرف أبداً ، ما لم تنفسخ الوكالة . وفسخ الوكالة أن يقول : فسخت الوكالة ، أو أبطلتها ، أو نقضتها ، أو عزلتك ، أو صرفتك عنها ، أو أزلتك عنها ، أو ينهاه عن فعل ما أمره به أو وكله فيه ، وما أشبه هذا من الألفاظ المقتضية عزله المؤدية معناه ، أو يعزل الوكيل نفسه ، أو يوجد ما يقتضي فسخها حكماً على ما ذكرنا ، أو يزول ملكه عما وكله في التصرف فيه ، أو يوجد ما يدل على الرجوع عن الوكالة . فإذا وكله في طلاق امرأته ثم وطئها انفسخت الوكالة ؛ لأن ذلك يدل على رغبته فيها واختياره إمساكها . وكذلك لو وطئها بعد طلاقها طلاقاً رجعياً ، كان ذلك ارتجاعاً لها ، فإذا اقتضى رجعتها بعد طلاقها فلأن يقتضي استبقاءها على نكاحها [1] ومنع طلاقها أولى .

وإن باشرها دون الفرج أو قبّلها أو فعل بها ما يحرم غير الزوج ، فهل تنفسخ الوكالة في الطلاق ؟ يحتمل وجهين ، بناء على الخلاف في حصول الرجعة به .

وإن وكله في بيع عبد ثم أعتقه أو باعه بيعاً صحيحاً أو كاتبه أو دبره انفسخت الوكالة ؛ لأنه بزوال ملكه لا يبقى له إذن في التصرف فيما لا يملكه . وفي الكتابة والتدبير على إحدى الروايتين لم يبق محلاً للبيع ، وعلى الرواية

(١) في الأصل: يقتضي استيفائها على نكاحه. وما أثبتناه من المغني ٥: ٢٤٨.

الأخرى : تصرفه فيه بذلك يدل على أنه قصد الرجوع عن بيعه . وإن باعه بيعاً فاسداً لم تبطل الوكالة ؛ لأن ملكه في العبد لم يزل . ذكره ابن المنذر .

مسألة : **(ومن وكل في شراء شيء فاشترى غيره ، كان الآمر مخيراً في قبول الشراء . فإن لم يقبل لزم الوكيل ، إلا أن يكون اشتراه بعين المال فيبطل الشراء)** .

أما الوكيل في الشراء إذا خالف موكله فاشترى غير ما وكل فيه ، مثل : أن يوكله في شراء عبد فيشتري جارية لم يخل من أن يكون اشتراه في ذمته أو بعين المال . فإن كان اشتراه في ذمته ثم نقد ثمنه فالشراء صحيح ؛ لأنه إنما اشترى بثمن في ذمته ، وليس ذلك ملكاً لغيره .

إذا ثبت هذا فعن أحمد روايتان :

إحداهما : الشراء له ؛ كما لو لم[1] ينو غيره .

والثانية : يقف على إجازة الموكل . فإن أجازه لزمه ؛ لأنه اشترى له وقد أجازه فلزمه ؛ كما لو اشترى بإذنه ، وإن لم يجزه لزم الوكيل ؛ لأنه لا يجوز أن يلزم الموكل ؛ لأنه لم يأذن في شرائه ولزم الوكيل ؛ لأن الشراء صدر منه ولم يثبت لغيره فثبت في حقه ؛ كما لو اشتراه لنفسه . وهكذا الحكم في كل من اشترى شيئاً في ذمته لغيره بغير إذنه ، سواء كان وكيلاً للذي قصد الشراء له أو لم يكن وكيلاً له ، فأما إن اشترى بعين المال مثل أن يقول : بعني الجارية بهذه الدنانير ، أو باع مال غيره بغير إذنه ، فالصحيح في المذهب : أن البيع باطل ، وهو مذهب الشافعي .

وعن أحمد : هو صحيح ويقف على إجازة المالك . فإن لم يجزه بطل . وإن أجازه صح ؛ لما روى عروة بن الجعد «أن النبي ﷺ وكله أن يشتري له شاة بدينار . فاشترى شاتين بدينار فباع إحداهما بدينار وجاء بدينار وشاة . فدعى له

---

(١) زيادة من المغني ٥: ٢٤٩.

بالبركة في بيعه . وكان لو اشترى التراب لربح فيه »[1] . رواه أحمد والبخاري وأبو داود.

وهذا باع ما لم يؤذن له في بيعه . فأقره عليه النبي عليه السلام .

ولأنه تصرف له بخير فصح ، ووقف على الإجازة ؛ كالوصية بالزائد على الثلث .

ووجه الرواية الأولى وهي أصح : أنه عقد على مال من لم يأذن له في العقد . فلم يصح ؛ كما لو باع مال الصبي المراهق ثم بلغ فأجاز .

ولأن حكيم بن حزام قال له النبي ﷺ : « لا تبع ما ليس عندك »[2] يعني : ما لا تملك .

وأما حديث عروة فإنه يحتمل أنه كان وكيلاً مطلقاً ، بدليل أنه باع وسلم المبيع وأخذ ثمنه . وليس ذلك جائزاً لمن لم يؤذن له فيه اتفاقاً .

ومتى حكمنا ببطلان البيع فاعترف له العاقد معه ببطلان البيع أو ثبت ذلك ببينة فعليه رد ما أخذه ، وإن لم يعترف بذلك ولا قامت به بينة حلف العاقد ولم يلزمه رد شي ؛ لأن الأصل أن تصرف الإنسان لنفسه فلا يصدق على غيره فيما يبطل عقده . وإن ادعى البائع أنه باع مال غيره بغير إذنه ، فالقول قول المشتري ؛ لما ذكرناه . ولو قال المشتري : إنك بعت مال غيرك بغير إذنه ، فأنكر البائع ذلك وقال : بل بعت ملكي ، أو قال : بعت مال موكلي بإذنه فالقول قول البائع لما

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٤٤٣) ٣: ١٣٣٢ كتاب المناقب، باب سؤال المشركين أن يريهم النبي ﷺ آية...
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٣٨٤) ٣: ٢٥٦ كتاب البيوع، باب في المضارب يخالف.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٠٢) ٢: ٨٠٣ كتاب الصدقات، باب الأمين يتجر فيه فربح.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٨٨٦٧) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٠٣) ٣: ٢٨٣ كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣٢) ٣: ٥٣٤ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦١٣) ٧: ٢٨٩ كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٨٧) ٢: ٧٣٧ كتاب التجارات ، باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن.

ذكرنا . وإن اتفق البائع والمشتري على ما يبطل البيع وقال الموكل : بل البيع صحيح . فالقول قوله مع يمينه . ولا يلزمه رد ما أخذه من العوض . وا لله أعلم .

كتاب الإقرار بالحقوق

الإقرار: الاعتراف. والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب؛ فقوله تعالى: ﴿وَإِذ أَخـذَ ا الله ميثاق النَّبيينَ -إلى قوله- : قال أأقررتم وأخذتم على ذلكم إصري قالوا أقررنا﴾ [آل عمران: ٨١]، وقوله: ﴿وآخرون اعترفوا بذُنوبهم﴾ [التوبة: ١٠٢]، وقوله: ﴿ألستُ بربِّكُم قالوا بلى﴾ [الأعراف: ١٧٢] في آي كثيرة.

وأما السنة: فما روي أن ماعزاً أقر بالزنا فرجمه رسول الله ﷺ، وكذلك الغامدية[١]. وقال: «اغد يا أُنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»[٢].

وأما الإجماع فإن الأمة أجمعت على صحة الإقرار.

ولأن الإقرار إخبار على وجه تنتفي عنه التهمة والريبة. فإن العاقل لا يكذب على نفسه كذباً يضر بها. ولهذا كان آكد من الشهادة، فإن المدعى عليه إذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة وإنما تسمع إذا أنكر. ولو كذب المدعي بينته لم تسمع وإن كذب المقر ثم صدقه سمع.

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: **(ومن أقر بشيء واستثنى من غير جنسه، كان استثناؤه باطلاً، إلا أن يستثني عيناً من ورق، أو ورقاً من عين).**

في هذه المسألة حكمان:

أحدهما: أنه لا يصح الاستثناء في الإقرار من غير الجنس، وبهذا قال زفر ومحمد بن الحسن؛ لأن الاستثناء صرف اللفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٩٥) ٣: ١٣٢١ كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٧٥) ٢: ٩٧١ كتاب الشروط، باب الشروط التي لا تحل في الحدود.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٩٧) ٣: ١٣٢٤ الموضع السابق.

وقيل : إخراج بعض ما تناوله المستثنى منه ، مشتق من ثنيت فلاناً عن رأيه إذا صرفته عن رأي كان عازماً عليه . وثنيت عنان دابتي إذا صرفتها عن وجهتها التي كانت تذهب إليها ، وغير الجنس ليس بداخل في الكلام ، فإذا ذكره فما صرف الكلام عن صوبه ولا ثناه عن وجه استرساله فلا يكون استثناء وإنما يسمى استثناء تجوزاً . وإنما هو في الحقيقة استدراك .

الحكم الثاني : إذا استثنى عيناً من ورق أو ورقاً من عين فاختلف أصحابنا في صحته فذهب أبو بكر عبد العزيز إلى أنه لا يصح ؛ لما ذكرنا ، وهو قول محمد بن الحسن .

وقال ابن أبي موسى : فيه روايتان ، واختار الخرقي صحته ؛ لأن قدر أحدهما معلوم من الآخر ، ويعتبر بأحدهما عن الآخر . فإن قوماً يسمون تسعة دراهم ديناراً وآخرون يسمون ثمانية ديناراً ، فإذا استثنى أحدهما من الآخر علم أنه أراد المعبر بأحدهما عن الآخر . فإذا قال : له عليّ دينار إلا ثلاثة دراهم في موضع يعبر فيه بالدينار عن التسعة ، كان معناه : له عليّ تسعة دراهم إلا ثلاثة . ومهما أمكن حمل الكلام على وجه صحيح لم يجز إلغاؤه وقد أمكن بهذا الطريق فوجب تصحيحه .

وقال أبو الخطاب : لا فرق بين العين والورق وبين غيرهما فيلزم من صحة استثناء أحدهما من الآخر صحة استثناء الثياب وغيرها ، وقد ذكرنا الفرق . ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل رواية الصحة على ما إذا كان أحدهما يعبر به عن الآخر أو يعلم قدره منه ورواية البطلان على ما إذا انتفى ذلك .

مسألة : **(ومن ادعى عليه شيء فقال : قد كان له علي وقضيته لم يكن ذلك إقراراً)** .

حكى ابن أبي موسى في هذه المسألة روايتين :

إحداهما : أن هذا ليس بإقرار . اختاره القاضي وقال : لم أجد عن أحمد رواية بغير هذا .

والثانية : أنه مقر بالحق مدع لقضائه فعليه البينة بالقضاء ، وإلا حلف غريمه وأخذ . اختاره أبو الخطاب ، وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنه أقر بالدين وادعى القضاء . فلم تقبل دعواه ؛ كما لو ادعى القضاء بكلام منفصل .

ولأنه رفع جميع ما أثبته . فلم يقبل كاستثناء الكل ، وللشافعي قولان كالمذهبين .

ووجه قول الخرقي : أنه قول متصل يمكن صحته ولا تناقض فيه . فوجب أن يقبل ؛ كاستثناء البعض ، وفارق المنفصل ؛ لأن حكم الأول قد استقر بسكوته عليه فلا يمكن رفعه بعد استقراره ولذلك لا يرتفع بعضه باستثناء ولا غيره . فما تأتّى بعده من دعوى القضاء يكون دعوى مجردة لا تقبل إلا ببينة . وأما استثناء الكل فمتناقض ؛ لأنه لا يمكن أن يكون عليه ألف وليس عليه شيء .

مسألة : **(ومن أقر بعشرة دراهم ثم سكت سكوتاً كان يمكنه الكلام فيه ثم قال : زيوفاً ، أو صغاراً ، أو إلى شهر ، كانت عشرة جياداً وافية حالة)** .

أما إذا أقر بدراهم وأطلق اقتضى إقراره الدراهم الوافية وهي دراهم الإسلام كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل وكل درهم ستة دوانيق . واقتضى أن تكون جياداً حالة كما لو باعه بعشرة دراهم وأطلق فإنها تلزمه كذلك ، فإذا سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه وأخذ في كلام غير ما كان فيه استقرت عليه كذلك ، فإن عاد فقال : زيوفاً يعني : رديئة ، أو صغاراً وهي الدراهم الناقصة مثل دراهم طبرية كان كل درهم منها أربعة دوانيق وذلك ثلثا درهم ، أو إلى شهر يعني مؤجلة لم يقبل منه ؛ لأنه يرجع عن بعض ما أقر به ويرفعه بكلام منفصل . فلم يقبل ؛ كالاستثناء المنفصل ، وهذا مذهب الشافعي .

ولا فرق بين الإقرار بها ديناً أو وديعة أو غصباً ؛ لأن إطلاق الاسم يقتضي الوازنة الجياد . فلم يقبل تفسيره بما يخالف ذلك ؛ كالدين . فأما إن وصفها بذلك بكلام متصل ، أو سكت للنفس ، أو اعترضته سعلة ونحو ذلك ثم وصفها بذلك أو شيء منه قبل منه ، وذكر أبو الخطاب أنه يحتمل أن لا يقبل منه التأجيل ، وهو

قول أبي حنيفة ؛ لأن التأجيل يمنع استيفاء الحق . فلم يقبل ؛ كما لو قال : له علي دراهم قضيته إياها .

وقال القاضي : إن قال : له عليّ عشرة دراهم ناقصة قبل قوله ، وإن قال : صغاراً وللناس دراهم صغار قبل قوله أيضاً ، وإن لم يكن لهم دراهم صغار لزمه وازنة ؛ كما لو قال : دريهم لزمه درهم وازن .

والأول أصح ؛ لأنه فسر كلامه بما يحتمله بكلام متصل فقبل منه ؛ كاستثناء البعض ، وذلك لأن الدراهم يعبر بها عن الوازنة والناقصة والزيوف والجيدة وكونها عليه يحتمل الحلول والتأجيل فإذا وصفها بذلك تقيدت به ؛ كما لو وصف الثمن فقال : بعتك بعشرة دراهم مؤجلة ناقصة وثبوتها على غير هذه الصفة حالة الإطلاق لا يمنع من صحة تقييدها به كالثمن . وقولهم : أن التأجيل يمنع استيفاءها ليس بصحيح وإنما يؤخره . فأشبه الثمن المؤجل ، يحققه : أن الدراهم تثبت في الذمة على هذه الصفات . فإذا كانت ثابتة بهذه الصفة لم تقتض الشريعة سد باب الإقرار بها على صفتها ، وعلى ما ذكروه لا سبيل له إلى الإقرار بها إلا على وجه يؤاخذ بغير ما هو واجب عليه فينسد باب الإقرار ، فأما إن قال : زيوفاً وفسرها بمغشوشة أو معيبة عيباً ينقصها قبل تفسيره ، وإن فسرها بنحاس أو رصاص أو ما لا قيمة له لم يقبل ؛ لأن تلك ليست دراهم على الحقيقة فيكون تفسيره بها رجوعاً عما أقر به . فلم يقبل ؛ كاستثناء الكل .

مسألة : **(ومن أقر بشيء واستثنى منه الكثير وهو أكثر من النصف أخذ بالكل وكان استثناؤه باطلاً)** .

لا يختلف المذهب : أنه لا يجوز استثناء ما زاد على النصف ، ويحكى ذلك عن ابن درستويه النحوي ؛ لأنه لم يرد في لسان العرب الاستثناء إلا في الأقل ، وقد أنكروا استثناء الأكثر فقال الزجاج : لم يأت الاستثناء إلا في القليل من الكثير . ولو قال قائل : مائة إلا تسعة وتسعين لم يكن متكلماً بالعربية ، وكان عياً من الكلام ولكنة .

وقال القتيبي : يقال : صمت الشهر إلا يوماً ، ولا يقال : صمت الشهر إلا تسعة وعشرين يوماً ، ويقال : لقيت القوم جميعهم إلا واحداً أو اثنين ، ولا يجوز أن يقول : لقيت القوم إلا أكثرهم ، وإذا لم يكن صحيحاً في الكلام لم يرتفع به ما أقر به كاستثناء الكل ، وكما لو قال : له عليّ عشرة بل خمسة .

إذا ثبت هذا فإن استثنى النصف ففيه وجهان :

أحدهما : يصح ، وهو ظاهر كلام الخرقي لتخصيصه الإبطال بما زاد على النصف ؛ لأنه ليس بأكثر فجاز كالأقل .

والثاني : لا يصح . ذكره أبو بكر ؛ لأنه لم يرد في كلامهم إلا في القليل من الكثير ، والنصف ليس بقليل .

فصل

ولا يصح الاستثناء إلا أن يكون متصلاً بالكلام فإن سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو فصل بين المستثنى والمستثنى منه بكلام أجنبي لم يصح ؛ لأنه إذا سكت أو عدل عن إقراره إلى شيء آخر استقر حكم ما أقر به فلم يرتفع بخلاف ما إذا كان في كلامه فإنه لا يثبت حكمه وينتظر ما يتم به كلامه ويتعلق به حكم الاستثناء والشرط والعطف والبدل ونحوه .

ولا يصح استثناء الكل بغير خلاف ؛ لأن الاستثناء رفع بعض ما يتناوله اللفظ واستثناء الكل رفع الكل فلو صح صار الكلام كله لغواً غير مفيد .

مسألة : (**وإذا قال : له عندي عشرة دراهم ثم قال : وديعة ، كان القول قوله**) .

أما من أقر بهذا اللفظ فقال : له عندي دراهم ثم فسر إقراره بأنها وديعة قبل تفسيره ، لا نعلم فيه بين أهل العلم خلافاً ، سواء فسره بكلام متصل أو منفصل ؛ لأنه فسر لفظه بما يقتضيه . فقبل ؛ كما لو قال : له عليّ دراهم ثم فسرها بدين عليه فعند ذلك تثبت فيها أحكام الوديعة بحيث لو ادعى تلفها بعد ذلك أو ردها كان القول قوله ، وإن فسرها بدين عليه قبل أيضاً ؛ لأنه يقر على نفسه بما هو

أغلظ . وإن قال : له عندي وديعة رددتها إليه أو تلفت لزمه ضمانها و لم يقبل قوله ، وبهذا قال الشافعي ؛ لما فيه من مناقضة الإقرار والرجوع عما أقر به فإن الألف المردود والتالف ليست عنده أصلاً ولا هي وديعة وكل كلام يناقض الإقرار ويحيله يجب أن يكون مردوداً .

وقال القاضي : يقبل قوله ؛ لأن أحمد قال في رواية ابن منصور : إذا قال : لك عندي وديعة دفعتها إليك صدق ؛ لأنه ادعى تلف الوديعة أو ردها . فقبل ؛ كما لو ادعى ذلك بكلام منفصل . وإن قال : كانت عندي وظننت أنها باقية ثم عرفت أنها كانت قد هلكت فالحكم فيها كالتي قبلها .

مسألة : (**ولو قال : له عليّ ألف**[1] **ثم قال : وديعة ، لم يقبل قوله**) .

أما إذا أقر بدراهم بقوله : عليّ كذا ثم فسره بالوديعة لم يقبل قوله . فلو ادعى بعد هذا تلفها لم يقبل قوله وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي .

وقال القاضي : يقبل قوله أنها وديعة ، وإذا ادعى بعد ذلك تلفها قُبل منه وحكي هذا عن الشافعي ؛ لأن الوديعة عليه حفظها وردها ، فإذا قال : عليّ وفسرها بذلك احتمل صدقه فقُبل منه ؛ كما لو وصله بكلامه فقال : عليّ ألف وديعة .

ولأن حروف الصفات يخلف بعضها بعضاً فيجوز أن تستعمل "على" بمعنى "عندي" ، كما قال الله إخباراً عن موسى : ﴿وَلَهُمْ عَلَيَّ ذَنبٌ﴾ [الشعراء: ١٤] أي : عندي .

ووجه قول الخرقي : أن "على" للإيجاب ، وذلك يقتضي كونها في ذمته . ولذلك لو قال : ما على فلان عليّ كان ضامناً له والوديعة ليست في ذمته ولا هي عليه إنما هي عنده وما ذكروه مجاز طريقه حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه أو إقامة حرف مقام حرف والإقرار يؤخذ فيه بظاهر اللفظ بدليل أنه لو قال : له[2] علي دراهم لزمته ثلاثة . وإن جاز التعبير بلفظ الجمع عن اثنين وعن

---

(١) زيادة من المغني ٥: ٣٠٩.

(٢) مثل السابق.

واحد كقوله عز وجل: ﴿فإنْ كان له إخوةٌ فلأُمِّهِ السُّدُس﴾ [النساء: ١١] ومواضع كثيرة في القرآن، ولو قال: له عليّ درهم وقال: أردت نصف درهم فحذفت المضاف وأقمت المضاف إليه مقامه لم يقبل منه. ولو قال: لك من مالي ألف فقال: صدقت، ثم قال: أردت أن عليك من مالي ألفاً وأقمت اللام مقام على؛ كقوله تعالى: ﴿وإن أسأْتُمْ فلها﴾ [الإسراء: ٧] لم يقبل منه، ولو قبل في الإقرار مطلق الاحتمال لسقط ولقبل تفسير الدراهم بالناقصة والزائفة والمؤجلة، وأما إذا قال: لك عليّ ألف ثم قال: كان وديعة فتلف لم يقبل قوله؛ لأنه مناقض.

فصل

وإن قال: لك عليّ مائة درهم ثم أحضرها وقال: هذه التي أقررت بها وهي وديعة كانت لك عندي فقال المقر له: هذه وديعة والتي أقررت بها غيرها وهي دين عليك، فقول الخرقي يقتضي أن القول قول المقر له، وهو قول أبي حنيفة.

وقال القاضي: القول قول المقر مع يمينه، وللشافعي قولان كالوجهين، وتعليلهما ما تقدم.

وإن كان قال في إقراره: لك عليّ مائة في ذمتي فإن القاضي وافق هاهنا في أنه لا يقبل قول المقر؛ لأن الوديعة عين لا تكون في الذمة قال: وقد قيل يقبل؛ لأنه يحتمل في ذمتي أداؤها.

ولأنه يجوز أن تكون عنده وديعة تعدى فيها فكان ضمانها عليه في ذمته.

فأما إن وصل ذلك بكلامه فقال: لك عليّ مائة وديعة قبل؛ لأنه وصل كلامه بما يحتمله. فصح؛ كما لو قال: له عليّ دراهم ناقصة.

وإن قال: لك عليّ مائة وديعة ديناً أو مضاربة ديناً صح ولزمه ضمانها؛ لأنه قد يتعدى فيها فتكون ديناً. وإن قال: أردت أنه شرط عليّ ضمانها لم يقبل؛ لأنها لا تصير بذلك ديناً. وإن قال: عندي مائة وديعة شرط عليّ ضمانها لم يلزمه ضمانها؛ لأن الوديعة لا تصير بالشرط مضمونة. وإن قال: عليّ أو عندي مائة درهم عارية لزمته وكانت مضمونة عليه، سواء حكمنا بصحة العارية في

الدراهم أو بفسادها ؛ لأن ما ضمن في العقد الصحيح ضمن في الفاسد . وإن قال : أودعني مائة فلم أقبضها أو أقرضني مائة فلم آخذها قبل قوله متصلاً و لم يقبل إذا كان منفصلاً . وهكذا إذا قال : نقدني مائة فلم أقبضها وهذا قول الشافعي .

مسألة : (**ولو قال : له عندي رهن فقال المالك : وديعة ، كان القول قول المالك**) .

إنما قدم قول المالك ؛ لأن العين ثبتت له بالإقرار وادعى المقر ديناً لا يعترف له به ، والقول قول المنكر .

ولأنه أقر بمال لغيره وادعى أن له به تعلقاً . فلم يقبل ؛ كما لو ادعاه بكلام منفصل .

مسألة : (**ولو مات وخلّف ولدين فأقرّ أحدهما بأخ أو أخت لزمه أن يُعطي الفضل الذي في يده لمن أقر له به**[1]) .

أما أحد الوارثين إذا أقر بوارث ثالث مشارك لهما في الميراث لم يثبت النسب بالإجماع ؛ لأن النسب لا يتبعض فلا يمكن إثباته في حق المقر دون المنكر ولا يمكن إثباته في حقهما ؛ لأن أحدهما منكر و لم توجد شهادة يثبت بها النسب ولكنه يشارك المقر في الميراث في قول أكثر أهل العلم ؛ لأنه أقر بسبب مال فلم يحكم ببطلانه . فلزمه المال ؛ كما لو أقر ببيع أو أقر بدين فأنكر الآخر .

إذا ثبت هذا فإن الواجب له فضل ما في يد المقر عن ميراثه ، وبهذا قال مالك ، ويحتمل أنه إذا كان اثنان فأقر أحدهما بأخ لزمه دفع نصف ما في يده ، وإن أقر بأخت لزمه ثلث ما في يده ؛ لأن المنكر أخذ ما لا يستحقه من التركة فصار كالغاصب . فيكون الباقي بينهما ؛ كما لو غصب بعض التركة أجنبي .

ولأن الميراث يتعلق ببعض التركة كما يتعلق بجميعها فإذا هلك بعضها أو غصب تعلق الحق بباقيها والذي في يد المنكر كالمغصوب فيقتسمان الباقي بالسوية ؛ كما لو غصبه أجنبي ، وهذا مذهب أبي حنيفة .

---

(١) زيادة من المغني ٥: ٣٢٥.

ووجه قول أصحابنا : أن التركة بينهم أثلاثاً فلا يستحق مما في يده إلا الثلث ، كما لو ثبت نسبه ببينة .

ولأنه إقرار بحق يتعلق بحصته وحصة أخيه فلا يلزمه أكثر مما يخصه ؛ كالإقرار بالوصية ، وكإقرار أحد الشريكين على مال الشركة بدين .

ولأنه لو شهد معه بالنسب أجنبي ثبت ، ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته ؛ لكونه يجر بها نفعاً ، لكونه يسقط عن نفسه بعض ما يستحقه عليه .

ولأنه حق لو ثبت ببينة لم يلزمه إلا قدر حصته . فإذا ثبت بالإقرار لم يلزمه أكثر من ذلك كالوصية ، وفارق ما إذا غصب بعض التركة وهما اثنان ؛ لأن كل واحد منهما يستحق النصف من كل جزء من التركة ، وهاهنا يستحق الثلث فافترقا .

مسألة : **(وكذلك إن أقر بدين على أبيه لزمه من الدين بقدر ميراثه)** .

أما الوارث إذا أقر بدين على موروثه قبل إقراره بغير خلاف نعلمه ويتعلق ذلك بتركة الميت ؛ كما لو أقر به الميت قبل موته فإن لم يخلف تركة لم يلزم الوارث شيء ؛ لأنه لا يلزمه أداء دينه إذا كان حياً مفلساً فكذلك إذا كان ميتاً .

وإن خلّف تركة تعلق الدين بها فإن أحب الوارث تسليمها في الدين لم يلزمه إلا ذلك ، وإن أحب استخلاصها وإيفاء الدين من ماله فله ذلك ويلزمه أقل الأمرين من قيمتها أو قدر الدين بمنزلة الجاني ، فإن كان الوارث واحداً فحكمه ما ذكرنا . وإن كان اثنين أو أكثر ثبت الدين بإقرار الميت أو ببينة أو بإقرار جميع الورثة فكذلك ، وإذا اختار الورثة أخذ التركة وقضاء الدين من أموالهم فعلى كل واحد منهم من الدين بقدر ميراثه . وإن أقر أحدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه والخيرة إليه في تسليم نصيبه في الدين أو استخلاصه وأداء قدره من الدين ، فإن كانا اثنين لزمه النصف وإن كانوا ثلاثة فعليه الثلث ، وبهذا قال الشافعي .

مسألة : **(وكل من قلت : القول قوله فلخصمه عليه اليمين)** .

يعني في هذا الباب وفيما أشبهه مثل أن يقول: عندي ألف ثم قال: وديعة، أو قال: عليّ ثم قال: وديعة، أو قال: له عندي رهن فقال المالك: وديعة، ومثل الشريك والمضارب والمنكر للدعوى.

وإذا اختلفا في قيمة الرهن أو قدره أو قدر الدين الذي به الرهن وأشباه هذا، فكل من قلنا[1] القول قوله فلخصمه عليه اليمين؛ لقول النبي ﷺ: «لو يُعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه»[2] رواه أحمد ومسلم.

ولأن اليمين تشرع في حق من ظهر صدقه وقوي جانبه تقوية لقوله واستظهاراً، والذي جُعل القول قوله كذلك فيجب أن تشرع اليمين في حقه.

فصل

إذا أقر أنه وهب وأقبض الهبة أو رهن وأقبض أو أقر أنه قبض ثمن المبيع أو أجر المستأجر ثم أنكر ذلك وسأل إحلاف خصمه ففيه روايتان:

إحداهما: لا يستحلف، وهو قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأن دعواه تكذيب لإقراره فلا تسمع؛ كما لو أقر المضارب أنه ربح ألفاً ثم قال: غلطت.

ولأن الإقرار أقوى من البينة، ولو شهدت البينة فقال: احلفوه لي مع بينته لم يستحلف كذا هاهنا.

والثانية: يستحلف، وهو قول الشافعي وأبي يوسف؛ لأن العادة جارية بالإقرار قبل القبض فيحتمل صحة ما قاله فينبغي أن يستحلف خصمه لنفي الاحتمال، ويفارق الإقرار البينة لوجهين:

أحدهما: أن العادة جارية بالإقرار بالقبض قبله و لم تجر العادة بالشهادة على القبض قبله؛ لأنها تكون شهادة زور.

---

(١) زيادة من المغني ٥: ٣٤١.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٢٧٧) ٤: ١٦٥٦ باب ﴿إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم﴾.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧١١) ٣: ١٣٣٦ كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه.

الثاني : أن إنكاره مع الشهادة طعن في البينة وتكذيب لها وفي الإقـرار بخلافـه ولم يذكر القاضي في المجرد غير هذا الوجه .

مسألة : (**والإقرار بدين في مرض موته كـالإقرار في الصحـة إذا كـان لغير وارث**) .

هذا ظاهر المذهب وقول أكثر أهل العلم .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن إقـرار المريـض في مرضه لغير الوارث جائز ، وحكى أصحابنا روايـة أخـرى : أنه لا يقبـل ؛ لأنـه إقرار في مرض الموت . أشبه الإقرار لوارث ، وحكى أبو الخطاب رواية ثالثـة : أنـه لا يقبل إقراره بزيادة على الثلث ؛ لأنه ممنـوع مـن عطيـة ذلـك للأجنبي كمـا هـو ممنوع من عطية الوارث . فلم يصح إقراره بمـا لا يملـك عطيتـه بخلاف الثلـث فمـا دون .

والأول المذهب ؛ لأنه إقرار غير متهم فيه فقبل كالإقرار في الصحة . يحققـه : أن حالة المرض أقرب إلى الاحتياط لنفسه وإبراء ذمته وتحـري الصـدق فكـان أولى بالقبول ، وفارق الإقرار للوارث ؛ لأنه متهم فيه على ما سنذكره .

مسألة : (**وإن أقر لوارث لم يلزم باقي الورثة قبوله إلا ببينة**) .

وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي في أحد قوليه ؛ لأنه إيصال المال إلى وارثه بقوله في مرض موته . فلم يصح بغير رضى بقية ورثته ؛ كهبته .

ولأنه محجور عليه في حقـه . فلـم يصـح إقـراره لـه ؛ كـالصبي في حـق جميـع الناس . وفارق الأجنبي فإن هبته له تصح .

وقول الخرقي : إلا ببينة معناه : أن تكون البينــة شـهدت بـأصل الديـن سـابقاً على إقراره في المرض فتمنع إذاً ولا أثر للبينة على إقراره لوارث في المرض .

وإن أقر لامرأته بمهر مثلها أو دونه صح في قول أكثرهم ولا نعلـم فيـه مخالفـاً بين الأئمة الأربعة ؛ لأنه أقر بمـا تحقـق سـببه وعلـم وجـوده ولم تعلـم الـبراءة منـه . فأشبه ما لو كان عليه دين ببينة فأقر بأنه لم يوفه وكذلك إن اشترى من وارثه شيئاً

فأقر له بثمن مثله ؛ لأن القول قول المقر له في أنه لم يقبض ثمنه . وإن أقر لامرأته بدين سوى الصداق لم يقبل .

[كتاب العارية]

[1] مسألة: (والعارية مضمونة وإن لم يتعد فيها المستعير).

العارية: إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال، مشتق من عار الشيء إذا ذهب وجاء، ومنه قيل للبطال عيّار لتردده في بطالته، والعرب تقول: أعاره وعاره مثل: أطاعه وطاعه.

والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب؛ فقول الله تعالى: ﴿ويَمْنَعون المَاعون﴾ [الماعون: ٧]. روي عن ابن عباس وابن مسعود أنهما قالا: العواري، وفسرها ابن مسعود فقال: القدر والميزان والدلو.

وأما السنة فما روي عن النبي ﷺ أنه قال في خطبته عام حجة الوداع: «العارية مُؤداةٌ، والمنحةُ مردودةٌ، والدينُ مَقضي، والزعيم غارم»[2] أخرجه الترمذي وقال: حديث حسن غريب.

وعن صفوان بن أمية «أن النبي ﷺ استعار منه يوم أحد دروعاً فقال: أغصب يا محمد؟ قال: بل عارية مضمونة. قال: فضاع بعضها فعرض عليه النبي عليه السلام أن يضمنها له فقال: أنا اليوم في الإسلام أرغب»[3] رواه أحمد وأبو داود.

وأجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها.

ولما جازت هبة الأعيان جازت هبة المنافع ولذلك صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعاً.

---

(١) أضيف عنوان الكتاب من المغني ٥: ٣٥٤.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (٢١٢٠) ٤: ٤٣٣ كتاب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٦٢) ٣: ٢٩٦ كتاب الإجارة، باب في تضمين العارية.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٧٦٧٤) ٦: ٤٦٥.

إذا ثبت هذا فإن العارية مندوب إليها وليست بواجبة في قول أكثر أهل العلم .

وقيل : هي واجبة للآية ، ولما روى جابر أن النبي ﷺ قال : « ما من صاحب إبل ولا بقر ولا غنم لا يؤدي حقها إلا أقعد لها يوم القيامة بقاع قَرْقَرٍ تَطَؤُه ذاتُ الظِّلفِ بظِلفها وتنطحه ذات القرن ليس فيها يومئذ جماء ولا مكسورة القرن . قلنا : يا رسول الله وما حقها ؟ قال : إطراق فحلها وإعارة دلوها ومنحتها وحلبها على الماء وحمل عليها في سبيل الله »[1] رواه أحمد ومسلم .

فذم الله مانع العارية وتوعده رسول الله ﷺ في خبره .

والأول أصح ؛ لقول النبي ﷺ : « إذا أدَّيت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك »[2] .

وعن النبي عليه السلام : « ليس في المال حق سوى الزكاة »[3] ، وفي حديث الأعرابي الذي سأل النبي ﷺ : « ماذا فرض الله عليَّ من الصدقة ؟ قال : الزكاة . قال : هل عليَّ غيرها ؟ قال : لا ، إلا أن تطوع شيئاً ، أو كما قال »[4] .

والآية فسرها ابن عمر والحسن البصري بالزكاة ، وكذلك زيد بن أسلم .

وقال عكرمة : إذا جمع ثلاثتها فله الويل إذا سهى عن الصلاة وراءى ومنع الماعون .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (٩٨٨) ٢: ٦٨٦ كتاب الزكاة ، باب تغليظ عقوبة من لا يؤدي الزكاة .
وأخرجه أحمد في مسنده (١٤٠٣٣) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (٦١٨) ٣: ١٣ كتاب الزكاة ، باب ما جاء إذا أديت الزكاة فقد قضيت ما عليك.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٧٨٨) ١: ٥٧٠ كتاب الزكاة ، باب ما أدى زكاته ليس بكنز.

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (٦٥٩-٦٦٠) ٣: ٤٨ كتاب الزكاة، باب ما جاء أن في المال حقاً سوى الزكاة.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٧٨٩) ١: ٥٧٠ كتاب الزكاة، باب ما أدى زكاته ليس بكنز .

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٦) ١: ٢٥ كتاب الإيمان، باب الزكاة من الإسلام .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١١) ١: ٤٠ كتاب الإيمان، باب بيان الصلوات التي هي أحد أركان الإسلام .

فصل

ويجب رد العارية إن كانت باقية بغير خلاف، ويجب ضمانها إن كانت تالفة، تعدى فيها المستعير أو لم يتعد. وبه قال الشافعي؛ لقول النبي ﷺ في حديث صفوان: «بل عارية مضمونة»[1].

وعن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ أنه قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[2] رواه الخمسة إلا النسائي.

ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه لا عن استحقاق واجب منفرداً بنفعه من غير إذن في الإتلاف. فكان مضموناً؛ كالغصب، والمأخوذ على وجه السوم.

فصل

وإذا انتفع بها وردها على صفتها، فلا شيء عليه؛ لأن المنافع مأذون في إتلافها فلا يجب عوضها. وإن تلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال، فعليه ضمانها؛ لأن ما ضمنت جملته ضمنت أجزاؤه؛ كالمغصوب.

وأما أجزاؤها التي تذهب بالاستعمال؛ كخمل المنشفة والقطيفة وخف الثوب يلبسه ففيه وجهان:

أحدهما: يجب ضمانه؛ لأنها أجزاء عين مضمونة. فكانت مضمونة؛ كما لو كانت مغصوبة.

ولأنها أجزاء يجب ضمانها لو تلفت العين قبل استعمالها فتضمن إذا تلفت وحدهما كسائر الأجزاء.

---

(١) سبق تخريجه قريباً.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٦١) ٣: ٢٩٦ كتاب البيوع، باب في تضمين العارية.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٦٦) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٠٠) ٢: ٨٠٢ كتاب الصدقات، باب العارية.

وأخرجه أحمد في مسنده (١٩٥٨٢) طبعة إحياء التراث.

والثاني : لا يضمنها . وهو قول الشافعي ؛ لأن الإذن في الاستعمال تضمنه . فلا يجب ضمانه ؛ كالمنافع ، وكما لو أذن في إتلافها صريحاً . وفارق ما إذا تلفت العين قبل استعمالها ؛ لأنه لا يمكن تمييزها من العين .

ولأنه إنما أذن في إتلافها على وجه الانتفاع فإذا تلفت قبل ذلك فقد فاتت على غير الوجه الذي أذن فيه[1] . فضمنها ؛ كما لو أجر العين المستعارة فإنه يضمن منافعها . فإذا قلنا لا يضمن الأجزاء فتلفت العين بعد ذهابها بالاستعمال فإنها تقوم حال التلف ؛ لأن الأجزاء التالفة تلفت غير مضمونة لكونها مأذوناً في إتلافها فلا يجوز تقويمها عليه . وإن قلنا : يجب ضمان الأجزاء قومت العين قبل تلف أجزائها ، وإن تلفت العين قبل ذهاب أجزائها ضمنها كلها بأجزائها ، وكذلك لو تلفت الأجزاء باستعمال غير مأذون فيه مثل أن يعيره ثوباً ليلبسه فحمل فيه تراباً فإنه يضمن نقصه ومنافعه ؛ لأنه تلف بتعديه وإن تلف بغير تعد منه ولا استعمال كتلفها بطول الزمان عليها ووقوع نار عليها فينبغي أن يضمن ما تلف منها بالنار ونحوها ؛ لأنه تلف لم يضمنه الاستعمال المأذون فيه . فأشبه تلفها بفعل غير مأذون فيه ، وما تلف بمرور الزمان عليه يكون حكمه حكم ما تلف بالاستعمال ؛ لأنه تلف بالإمساك المأذون فيه . فأشبه تلفه بفعل المأذون فيه . والله أعلم .

---

(١) زيادة من المغني ٥: ٣٥٧.

كتاب الغصب

الغصب : هو الاستيلاء على مال غيره بغير حق ، وهو محرم بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب ؛ فقوله تعالى : ﴿وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوالَكُم بَيْنَكُم بالبَاطِلِ وَتُدْلُوا بها إلى الحُكَّام لتأْكُلوا فريقاً من أَمْوالِ النَّاسِ بالإِثْمِ وأَنْتُم تَعْلَمُون﴾ [البقرة :١٨٨] .

وأما السنة ؛ فما روى مسلم وغيره من حديث جابر أن النبي ﷺ قال في خطبته يوم النحر : «إن دماءكم وأعراضكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا»[1] .

وأجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة ، وإن اختلفوا في فروع منه .

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : **(ومن غصب أرضاً فغرسها أخذ بقلع غرسه وأجرتها إلى وقت تسليمها ، ومقدار نقصانها إن كان نقصها الغرس)** .

هذه المسألة تشتمل على أحكام :

أحدها : أنه يتصور غصب العقار من الأراضي والدور ويجب ضمانها على غاصبها ، هذا ظاهر مذهب أحمد ، وهو المنصوص عند أصحابه ، وبه قال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن .

وروى ابن منصور عن أحمد : فيمن غصب أرضاً فزرعها ثم أصابها غرق من جهة الغاصب غرم قيمة الأرض ، وإن كان سبباً من السماء لم يكن عليه شيء . فظاهر هذا : أنها لا تضمن بالغصب .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٩١ كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ .
وأخرجه أبو داود في سننه (١٩٠٥) ٢: ١٨٥ أول كتاب المناسك، باب صفة حجة النبي ﷺ .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣٠٧٤) ٢: ١٠٢٦ كتاب المناسك، باب حجة رسول الله ﷺ .

وقال أبو حنيفة : لا يتصور غصبها ولا تضمن بالغصب ، وإن أتلفها ضمنها بالإتلاف ؛ لأنه لا يوجد فيها النقل والتحويل . فلم يضمنها ؛ كما لو حال بينه وبين متاعه فتلف المتاع .

ولأن الغصب إثبات اليد على المال عدواناً على وجه تزول به يد المالك ، ولا يمكن ذلك في العقار .

ولنا : ما روت عائشة أن النبي ﷺ قال : «من ظلم شبراً من الأرض طوّقه الله من سبع أرضين»[1] .

وعن سعيد بن زيد قال : قال رسول الله ﷺ : «من أخذ شبراً من الأرض ظلماً فإنه يطوقه يوم القيامة من سبع أرضين»[2] متفق عليهما .

ولأن ما ضمن في البيع وجب ضمانه في الغصب ؛ كالمنقول .

ولأنه يمكن الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين مالكه ، مثل : أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها . فأشبه ما لو أخذ الدابة والمتاع ، وأما إذا حال بينه وبين متاعه فما استولى على ماله فنظيره هاهنا أن يحبس المالك ولا يستولي على داره ، وأما ما تلف من الأرض بفعله أو سبب فعله ؛ كهدم حيطانها وتغريقها ، وكشط ترابها وإلقاء الحجارة فيها ، أو نقص يحصل بغرسه أو بنائه فيضمنه بغير اختلاف بين العلماء ؛ لأن هذا إتلاف والعقار يضمن بالإتلاف ، ولا يحصل الغصب من غير استيلاء . فلو دخل أرض إنسان أو داره لم يضمنها بدخوله ، سواء دخلها بإذنه أو غير إذنه ، وسواء كان صاحبها فيها أو لم يكن ؛ لأنه غير مستول عليها . فلم يضمنها ؛ كما لو دخلها بإذنه أو دخل صحراة .

ولأنه إنما يضمن بالغصب ما يضمنه بالعارية ، وهذا لا تثبت به العارية ، ولا يجب به الضمان فيها فكذلك لا يثبت به الغصب إذا كان بغير إذن .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٢١) ٢: ٨٦٥ كتاب المظالم، باب إثم من ظلم شيئاً من الأرض .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦١٢) ٣: ١٢٣١ كتاب المساقاة، باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها .
(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٠٢٦) ٣: ١١٦٨ كتاب بدء الخلق ، باب ما جاء في سبع أرضين.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦١٠) الموضع السابق.

الحكم الثاني : أنه إذا غرس في أرض غيره بغير إذنه أو بنى فيها فطلب صاحبَ الأرض قلع غراسه وبنائه لزم الغاصب ذلك ، لا نعلم فيه خلافاً ؛ لما روى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل أن النبي ﷺ قال : «ليس لعرق ظالم حق»[1] رواه أبو داود والترمذي وحسنه .

ولأنه شغل ملك غيره بملكه الـذي لا حرمة له في نفسه بغير إذنه . فلزمه تفريغه ؛ كما لو جعل فيه قماشاً . وإذا قلعها لزمه تسوية الحفر ورد الأرض إلى ما كانت عليه ؛ لأنه ضرر حصل بفعله في ملك غيره فلزمه إزالته . وإن أراد صاحب الأرض أخذ الشجر والبناء بغير عوض لم يكن له ذلك ؛ لأن ذلك عين مال الغاصب . فلم يملك صاحب الأرض أخذه ؛ كما لو وضع فيها أثاثاً أو حيواناً . وإن طلب أخذه بقيمته وأبى مالكه إلا القلع فله القلع ؛ لأنه ملكه فملك نقله ولا يجبر على أخذ القيمة ؛ لأنها معاوضة . فلم يجبر عليها وإن اتفقا على تعويضه عنه بالقيمة أو غيرها جاز ؛ لأن الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه . وإن وهب الغاصب الغراس والبناء لمالك الأرض ليتخلص من قلعه فقبله المالك جاز ، وإن أبى قبوله وكان في قلعه غرض صحيح لم يجبر على قبوله ؛ لما تقدم ، وإن لم يكن فيه غرض صحيح احتمل أن يجبر على قبوله ؛ لأن فيه رفع الخصومة من غير غرض يفوت .

قال صاحب المغني : ويحتمل أن لا يجبر ؛ لأن فيه إجباراً على عقد يعتبر الرضى فيه .

الحكم الثالث : أن على الغاصب أجرة الأرض منذ غصبها إلى وقت تسليمها وهكذا كل ما له أجر . فعلى الغاصب أجر مثله سواء استوفى المنافع أو تركها حتى ذهبت ؛ لأنها تلفت في يده العادية . فكان عليه عوضها ؛ كالأعيان .

وإن غصب أرضاً فبناها داراً فإن كانت آلات بنائها من مال الغاصب فعليه أجر الأرض دون بنائها ؛ لأنه إنما غصب الأرض والبناء له . فلم يلزمه أجر ماله .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٧٣) ٣: ١٧٨ كتاب الخراج، باب في إحياء الموات .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٧٨) ٣: ٦٦٢ كتاب الأحكام، باب ما ذكر في إحياء الأرض الموات .

وإن بناها بتراب منها وآلات للمغصوب منه فعليه أجرها مبنية ؛ لأن الدار كلها ملك للمغصوب منه وإنما للغاصب فيها أثر الفعل[1] فلا يكون في مقابلته أجر ؛ لأنه وقع عدواناً .

وإن غصب داراً فنقضها و لم يبنها فعليه أجر دار إلى حين نقضها وأجرها مهدومة من حين نقضها إلى حين ردها ؛ لأن البناء انهدم وتلف فلم يجب أجره مع تلفها[2] ، وإن نقضها ثم بناها بآلة من عنده ، فالحكم فيها كذلك . وإن بناها بآلتها أو آلة من ترابها أو ملك المغصوب منه فعليه أجرها عرصة منذ نقضها إلى أن بناها وأجرها داراً فيما قبل ذلك وبعده ؛ لأن البناء للمالك وحكمها في نقض بنائها الذي بناه الغاصب حكم ما لو غصبها عرصة فبناها .

الحكم الرابع : أن على الغاصب ضمان نقص الأرض إن كان نقصها الغرس أو نقصت بغيره وهكذا كل عين مغصوبة على الغاصب ضمان نقصها إذا كان نقصها مستقراً ؛ كثوب تخرق وإناء تكسر وطعام سوس وبناء تخرب ونحوه فإنه يردها وأرش النقص ؛ لأنه نقص حصل في يد الغاصب . فوجب ضمانه ؛ كالقفيز من الطعام والذراع من الثوب ، وبهذا قال الشافعي ؛ لأنها جناية على مال أرشها دون قيمته . فلم يملك المطالبة بجميع قيمته ؛ كما لو شق الثوب يسيراً .

وقدر الأرش قدر نقص القيمة في جميع الأعيان ، وبهذا قال الشافعي .

مسألة : (**وإن كان زرعها فأدركها ربها والزرع قائم كان الزرع لصاحب الأرض وعليه النفقة ، وإن استحقت بعد أخذ الغاصب الزرع لزمته أجرة الأرض**) .

قوله : فأدركها ربها يعني : استرجعها من الغاصب أو قدر على أخذها منه وهو معنى قوله : استحقت يعني : أخذها مستحقها . فمتى كان هذا بعد حصاد الغاصب الزرع فإنه للغاصب لا نعلم فيه خلافاً ، وذلك لأنه نماء ماله وعليه الأجرة إلى وقت التسليم وضمان النقص ولو لم يزرعها فنقصت لترك الزراعة كأراضي

(١) في الأصل: التأليف. وما أثبتناه من المغني ٥: ٣٨٤.

(٢) في الأصل: تلفه. وما أثبتناه من المغني ٥: ٣٨٤.

البصرة أو نقصت لغير ذلك ضمن نقصها أيضاً ؛ لما قدمنا في المسألة قبلها ، فأما إن أخذها صاحبها والزرع قائم فيها لم يملك إجبار الغاصب على قلعه وخير المالك بين أن يقر الزرع في الأرض إلى الحصاد وأن يأخذ من الغاصب أجر الأرض وأرش نقصها وبين أن يدفع إليه نفقته ويكون الزرع له ؛ لما روى رافع بن خديج أن النبي ﷺ قال : «من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء وله نفقته»[1] رواه الخمسة إلا النسائي .

ولأنه أمكن رد المغصوب إلى مالكه من غير إتلاف مال الغاصب على قرب من الزمان . فلم يجز إتلافه ؛ كما لو غصب سفينة فحمل فيها ماله وأدخلها البحر أو غصب لوحاً فرقع به سفينة فإنه لا يجبر على رد المغصوب في اللجة وينتظر حتى ترسي صيانة للمال عن التلف كذا هاهنا .

إذا ثبت هذا فمتى رضي المالك بترك الزرع للغاصب ويأخذ منه أجر الأرض فله ذلك ؛ لأنه شغل المغصوب بماله فملك صاحبه أخذ أجره ؛ كما لو ترك في الدار طعاماً أو أحجاراً يحتاج في نقله إلى مدة ، وإن أحب أخذ الزرع فله ذلك كما يستحق الشفيع أخذ شجر المشتري بقيمته ، وفيما يرد على الغاصب روايتان :

إحداهما : قيمة الزرع ؛ لأنه بدل عن الزرع . فيقدر بقيمته ؛ كما لو أتلفه .

ولأن الزرع للغاصب إلى حين انتزاع المالك له منه بدليل أنه لو أخذه قبل انتزاع المالك له كان ملكاً له [ولو لم يكن ملكاً له لما ملكه][2] بأخذه فيكون أخذ المالك له تملكاً له ، إلا أن يعوضه فيجب أن يكون بقيمته كما لو أخذ الشقص المشفوع . ويجب على الغاصب أجر الأرض إلى حين تسليم الزرع ؛ لأن الزرع كان محكوماً له به وقد شغل به أرض غيره .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٠٣) ٣: ٢٦١ كتاب البيوع، باب في زرع الأرض بغير إذن صاحبها .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٦٦) ٣: ٤٩٢ كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن زرع في أرض قوم بغير إذنهم .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٦٦) ٢: ٨٢٤ كتاب الرهون، باب من زرع في أرض قوم بغير إذنهم.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٦٨١٨) طبعة إحياء التراث.

(٢) زيادة من المغني ٥: ٣٩٣.

والرواية الثانية: أنه يرد على الغاصب ما أنفق من البذر ومؤونة الزرع في الحرث والسقي وغيره، وهذا الذي ذكره القاضي، وهو ظاهر كلام الخرقي وظاهر الحديث؛ لقوله عليه السلام: «وعليه نفقته»[1]، وقيمة الشيء لا تسمى نفقة له، والحديث مبني على هذه المسألة، فإن أحمد إنما ذهب إلى هذا الحكم استحساناً على خلاف القياس، فإن القياس أن الزرع لصاحب البذر؛ لأنه نماء عين ماله. فأشبه ما لو غصب دجاجة فحضنت بيضاً له أو طعاماً فعلفه دواباً له؛ لأن النماء له. وقد صرح به أحمد فقال: هذا شيء لا يوافق القياس، استحسن أن يدفع إليه نفقته للأثر ولذلك جعلناه للغاصب إذا استحقت الأرض بعد أخذ الغاصب له، وإذا كان العمل بالحديث فيجب أن يتبع مدلوله.

مسألة: **(ومن غصب عبداً أو أمة وقيمته مائة فزاد في بدنه أو بتعليم صنعة حتى صارت قيمته مائتين ثم نقص بنقصان بدنه أو نسيان ما علم حتى صارت قيمته مائة أخذه سيده وأخذ من الغاصب مائة)**.

وبهذا قال الشافعي؛ لأنها زيادة في نفس المغصوب. فلزم الغاصب ضمانها؛ كما لو طالبه بردها فلم يفعل. والصناعة إن لم تكن من عين[2] المغصوب فهي صفة فيه ولذلك يضمنها إذا طولب برد العين وهي موجودة فلم يردها وأجريناها هي والتعلم مجرى السمن الذي هو عين؛ لأنها صفة تتبع العين وأجرينا الزيادة الحادثة في يد الغاصب مجرى الزيادة الموجودة حال الغصب؛ لأنها زيادة في العين المملوكة للمغصوب منه فتكون مملوكة له أيضاً؛ لأنها تابعة للعين، فأما إن غصب العين سمينة أو ذات صناعة أو تعلم القرآن ونحوه فهزلت ونسيت فنقصت قيمتها فعليه ضمان نقصها، لا نعلم فيه خلافاً؛ لأنها نقصت عن حال غصبها نقصاً أثر في قيمتها. فوجب ضمانه؛ كما لو أذهب[3] عضواً من أعضائها.

---

(١) سبق تخريجه قريباً.

(٢) في الأصل: غير. وما أثبتناه من المغني ٥: ٣٩٧.

(٣) في الأصل: ذهب. وما أثبتناه من المغني ٥: ٣٩٨.

فصل

إذا غصبها وقيمتها مائة فسمنت فبلغت قيمتها ألفاً ثم تعلمت صناعة فبلغت ألفين ثم هزلت ونسيت فعادت قيمتها إلى مائة ردها ورد ألفاً وتسعمائة ، وإن بلغت بالسمن ألفاً ثم هزلت فبلغت مائة ثم تعلمت فبلغت ألفاً ثم نسيت فعادت إلى مائة ردها ورد ألفاً وثمانمائة ؛ لأنها نقصت بالهزال تسعمائة وبالنسيان تسعمائة . وإن سمنت فبلغت ألفاً ثم هزلت فعادت إلى مائة ثم تعلمت فعادت إلى ألف ردها وتسعمائة ؛ لأن زوال الزيادة الأولى أوجب الضمان ثم حدثت زيادة أخرى على ملك المغصوب منه فلا ينجبر ملك الإنسان بملكه ، فإذا بلغت بالسمن ألفاً ثم هزلت فعادت إلى مائة ثم سمنت فعادت إلى ألف ففيه وجهان :

أحدهما : يردها زائدة ويضمن نقص الزيادة الأولى كما لو كانا من جنسين فإن ملك الإنسان لا ينجبر بملكه ؛ لأن الزيادة الثانية غير الأولى .

فعلى هذا إن هزلت مرة ثانية فعادت إلى مائة ضمن النقصين بألف وثمانمائة .

والوجه الثاني : أنه إذا ردها سمينة فلا شيء عليه ؛ لأنه عاد ما ذهب . فأشبه ما لو مرضت فنقصت ثم عوفيت أو نسيت صناعة ثم تعلمتها أو أبق العبد ثم عاد . وفارق ما إذا زادت من جهة أخرى فإنه لم يعد ما ذهب وهذا الوجه أقيس ؛ لما ذكرنا من شواهده .

فعلى هذا لو سمنت بعد الهزال و لم تبلغ قيمتها إلى ما بلغت في السمن الأول أو زادت عليه ضمن أكثر الزيادتين وتدخل الأخرى فيها وعلى الوجه الأول يضمنها جميعاً فأما إن زادت بالتعليم أو الصناعة ثم نسيت ثم تعلمت ما نسيته فعادت القيمة الأولى لم يضمن النقص الأول ؛ لأن العلم الثاني هو الأول فقد عاد ما ذهب وإن تعلمت علماً آخر أو صناعة أخرى فهو كعود السمن فيه وجهان ذكر هذا القاضي ، وهو مذهب الشافعي .

وقال أبو الخطاب : متى زادت ثم نقصت ثم زادت مثل الزيادة الأولى ففيه وجهان ، سواء كانا من جنس ؛ كالسمن مرتين ، أو من جنسين ؛ كالسمن والتعليم . والأول أولى .

مسألة : (**ولو غصب جارية فوطئها وأولدها لزمه الحد ، وأخذها سيدها وأولادها ومهر مثلها**) .

أما الغاصب إذا وطئ الجارية المغصوبة فهو زان ؛ لأنها ليست زوجة له ولا ملك يمين . فإن كان عالماً بالتحريم فعليه حد الزنا ؛ لأنه لا ملك له ولا شبهة ملك ، وعليه مهر مثلها ، سواء كانت مكروهة أو مطاوعة ؛ لأن هذا حق للسيد . فلا يسقط بمطاوعتها ؛ كما لو أذنت في قطع يدها .

ولأنه حق يجب للسيد مع إكراهها فيجب مع مطاوعتها كأجر منافعها ويجب أرش بكارتها ؛ لأنه بدل جزء منها .

وعن أحمد أنه لا يجب ؛ لأن مهر البكر يدخل فيه أرش البكارة . ولهذا يزيد على مهر الثيب عادة لأجل ما يتضمنه من تفويت البكارة ، وإن حملت فالولد مملوك لسيدها ؛ لأنه من نمائها وأجزائها ولا يلحق نسبه بالواطئ ؛ لأنه من زنا . فإن وضعته حياً وجب رده معها وإن أسقطته ميتاً لم يضمن ؛ لأننا لا نعلم حياته قبل هذا . وهذا قول القاضي ، وهو الظاهر من مذهب الشافعي .

وإن وضعته حياً حصل مضموناً في يد الغاصب ؛ كالأم . فإن مات بعد ذلك ضمنه بقميته وإن نقصت الأم بالولادة ضمن نقصها ولم ينجبر بالولد ، وبه قال الشافعي ؛ لأن ولدها ملك للمغصوب منه فلا ينجبر به نقص حصل بجناية الغاصب كالنقص الحاصل بغير الولادة . وإن ماتت الجارية فعليه قيمتها أكثر ما كانت . ويدخل في ذلك أرش بكارتها ونقص ولادتها ، ولا يدخل فيه ضمان ولدها ولا مهر مثلها ، وسواء في هذه الأحكام كلها حالة الإكراه والمطاوعة ؛ لأنها حقوق لسيدها فلا تسقط بمطاوعتها .

وأما حقوق الله عز وجل ؛ كالحد والإثم والتعزير في موضع يجب فإن كانت مطاوعة على الوطء عالمة بالتحريم فعليها الحد إذا كانت من أهله والإثم وإلا فلا .

مسألة : (**وإن كان الغاصب باعها فوطئها المشتري وأولدها وهو لا يعلم ردت الجارية إلى سيدها ومهر مثلها ، وفدا أولاده بمثلهم وهم أحرار ، ورجع بذلك كله على الغاصب**) .

أما إذا باع الغاصب الجارية فبيعه فاسد؛ لأنه باع مال غيره بغير إذنه، وفيه رواية أخرى: أنه يصح ويقف على إجازة المالك، وفيه رواية ثالثة: أن البيع يصح وينفذ؛ لأن الغصب في الظاهر تتطاول مدته فلو لم يصح تصرف الغاصب أفضى إلى الضرر بالمالك والمشتري؛ لأن المالك لا يملك ثمنها والمشتري لا يملكها، والتفريع على الرواية الأولى والحكم في وطء المشتري كالحكم في وطء الغاصب، إلا أن المشتري إذا ادعى الجهالة قبل منه بخلاف الغاصب فإنه لا يقبل منه إلا بشرط ذكرناه، ويجب رد الجارية إلى سيدها وللمالك مطالبة أيهما شاء بردها؛ لأن الغاصب أخذها بغير حق، وقد قال النبي ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى ترده»[1] والمشتري أخذ مال غيره بغير حق أيضاً فيدخل في عموم الخبر.

ولأن مال غيره في يده وهذا لا خلاف فيه. ويلزم المشتري المهر؛ لأنه وطئ جارية غيره بغير نكاح وعليه أرش البكارة ونقص الولادة وإن ولدت منه فالولد حر لاعتقاده أنه[2] يطأ مملوكته فمنع ذلك انخلاق الولد رقيقاً ويلحقه نسبه وعليه فداؤهم؛ لأنه فوّت رقهم على سيدهم باعتقاده حل الوطء هذا هو الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب.

ونقل ابن منصور عن أحمد: أن المشتري لا يلزمه فداء أولاده وليس للسيد بدلهم؛ لأنهم كانوا في حال العلوق أحراراً ولم تكن لهم قيمة حينئذ.

قال الخلال: أحسبه قولاً لأبي عبدالله أولاً، والذي أذهب إليه: أنه يفديهم، وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويفديهم ببدلهم يوم الوضع. وبهذا قال الشافعي.

(١) سبق تخريجه ص: ٥٤.
(٢) في الأصل: لأنه. وما أثبتناه من المغني ٥: ٤١٠.

فصل

واختلف أصحابنا فيما يفديهم به فنقل الخرقي هاهنا : أنه يفديهم بمثلهم . والظاهر أنه أراد بمثلهم في السن والجنس والصفات والذكورية والأنوثية وقد نص عليه أحمد .

وقال أبو بكر عبد العزيز : يفديهم بمثلهم في القيمة .

وعن أحمد رواية ثالثة : أنه يفديهم بقيمتهم . وهو قول أبي حنيفة والشافعي . وهو أصح ؛ لأن الحيوان ليس بمثلي . فيضمن بقيمته ؛ كسائر المتقومات .

ولأنه لو أتلفه ضمنه بقيمته . وسنذكر وجه هذه الأقوال في كتاب النكاح .

وقول الخرقي : يرجع بذلك كله على الغاصب ، يعني : بالمهر وما فدى به الأولاد ؛ لأن المشتري دخل على أن تسلم له الأولاد وأن يتمكن من الوطء بغير عوض . فإذا لم يسلم له[1] ذلك فقد غرّه البائع فرجع به عليه .

وأما الجارية إذا ردها لم يرجع ببدلها ؛ لأنها ملك للمغصوب منه رجعت إليه ، لكنه يرجع على الغاصب بالثمن الذي أخذه منه . وإن كانت قد أقامت عنده مدة لمثلها أجر في تلك المدة فعليه أجرها ، وإن اقتضها بكراً فعليه أرش بكارتها وإن نقصتها الولادة أو غيرها فعليه أرش نقصها . وإن تلفت في يده فعليه قيمتها . وكل ضمان يجب على المشتري فللمغصوب منه أن يرجع به على من شاء منهما ؛ لأن يد الغاصب سبب يد المشتري . وما وجب على الغاصب من أجرة المدة التي في يده أو نقص حدث عنده فإنه يرجع به على الغاصب وحده ؛ لأن ذلك كان قَبل يد المشتري ، فإذا طالب المالك المشتري بما وجب وأخذه منه فأراد المشتري الرجوع على الغاصب نظرنا ، فإن كان المشتري حين الشراء علم أنها مغصوبة لم يرجع بشيء ؛ لأن موجب الضمان وجد في يده من غير تغرير ، وإن لم يعلم فذلك على ثلاثة أضرب :

---

(١) في الأصل: أنه. وما أثبتناه من المغني ٥: ٤١١.

ضرب[1] لا يرجع به وهو قيمتها إن تلفت في يده وأرش بكارتها وبدل جزء من أجزائها ؛ لأنه دخل مع البائع على أن يكون ضامناً لذلك بالثمن . فإذا ضمنه لم يرجع به .

وضرب يرجع به وهو بدل الولد إذا ولدت منه ؛ لأنه دخل معه في العقد على أن لا يكون الولد مضموناً عليه و لم يحصل من جهته إتلاف وإنما الشرع أتلفه بحكم بيع الغاصب منه وكذا نقص الولادة .

وضرب اختلف فيه ، وهو مهر مثلها وأجر نفعها ، فهل يرجع به على الغاصب ؟ فيه روايتان :

إحداهما : يرجع به ، وهو قول الخرقي ؛ لأنه دخل في العقد على أن يتلفه بغير عوض . فإذا غرم عوضه رجع به كبدل الولد ونقص الولادة وهذا أحد قولي الشافعي .

والثانية : لا يرجع به ، وهو اختيار أبي بكر وقول أبي حنيفة ؛ لأنه غرم ما استوفى بدله فلا يرجع به كقيمة الجارية وبدل أجزائها . وهذا القول الثاني للشافعي . وإن رجع بذلك كله على الغاصب فكلما لو رجع به على المشتري لم يرجع به على الغاصب إذا رجع به على الغاصب رجع به الغاصب على المشتري . وكلما لو رجع به المشتري رجع به المشتري على الغاصب إذا غرمه الغاصب لم يرجع به الغاصب على المشتري ، وإذا ردها حاملاً فماتت من الوضع فإنها مضمونة على الواطئ ؛ لأن التلف بسبب من جهته .

مسألة : **(ومن غصب شيئاً ولم يقدر على رده لزمت الغاصب القيمة فإن قدر عليه رده وأخذ القيمة)** .

أما من غصب شيئاً فعجز عن رده ؛ كعبد أبق أو دابة شردت فللمغصوب منه المطالبة ببدله فإذا أخذه ملكه و لم يملك الغاصب العين المغصوبة ، بل متى قدر

---

(١) زيادة من المغني ٥: ٤١٢.

عليها لزمه ردها ويسترد قيمتها التي أداها . وبهذا قال الشافعي ؛ لأن المغصوب لا يصح تملكه بالبيع . فلا يصح بالتضمين ؛ كالتالف .

ولأنه غرم ما يتعذر عليه رده بخروجه عن يده فلا يملكه بذلك ؛ كما لو كان المغصوب مدبراً وليس هذا جمعاً بين البدل والمبدل ؛ لأنه ملك القيمة لأجل الحيلولة لا على سبيل العوض . ولهذا إذا رد المغصوب إليه رد القيمة عليه .

إذا ثبت هذا فإنه متى قدر على المغصوب رده ونماءه المنفصل والمتصل وأجرة مثله إلى حين دفع بدله ، وهل يلزمه أجره من حين دفع بدله إلى رده ؟ فيه وجهان :

أصحهما : لا يلزمه ؛ لأنه استحق الانتفاع ببدله الذي أقيم مقامه . فلم يستحق الانتفاع به وبما قام مقامه ؛ كسائر ما عداه .

والثاني : له الأجر ؛ لأن العين باقية على ملكه والمنفعة له ويجب على المالك رد ما أخذه بدلاً عنه إلى الغاصب ؛ لأنه أخذه بالحيلولة وقد زالت فيجب رد ما أخذ من أجلها إن كان باقياً بعينه ورد زيادته المتصلة ؛ كالسمن ونحوه ؛ لأنها تتبع في الفسوخ وهذا فسخ ولا يلزم رد زيادته المنفصلة ؛ لأنها وجدت في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فأشبهت زيادة المبيع المردود بعيب ، وإن كان البدل تالفاً رد مثله أو قيمته إن لم يكن من ذوات الأمثال .

مسألة : **(ولو غصبها حاملاً فولدت في يده ثم مات الولد أخذها سيدها وقيمة ولدها أكثر ما كانت قيمته)** .

هذه المسألة تشتمل على حكمين :

أحدهما : أنه إذا غصب حاملاً من الحيوان أمة أو غيرها فالولد مضمون عليه وكذلك لو غصبها حائلاً فحملت عنده وولدت ضمن ولدها ، وبهذا قال الشافعي ؛ لأن ما ضمن خارج الوعاء ضمن ما فيه ؛ كالدرة في الصدفة والجوز واللوز .

ولأنه مغصوب فيضمن كالأم ، فإن الولد إما أن يكون مودعاً في الأم ؛ كالدرة في الحقة ، وإما أن يكون كأجزائها وفي كلا الموضعين الاستيلاء على

الظرف والاستيلاء على الجملة استيلاء على الجزء والمظروف ، فإن أسقطته ميتاً لم يضمنه ؛ لأنه لا تعلم حياته ولكن يجب ما نقصت الأم عن كونها حاملاً .

الحكم الثاني : أنه يلزمه رد الموجود من المغصوب وقيمة التالف فإن كانت قيمة التالف لا تختلف من حين الغصب إلى حين الرد ردها ، وإن كانت تختلف نظرنا فإن كان اختلافها لمعنى فيه من صغر وكبر وسمن وهزال وتعلم ونسيان ونحو ذلك من المعاني التي تزيد بها القيمة وتنقص فالواجب القيمة أكثر ما كانت ؛ لأنها مغصوبة في الحال التي زادت فيها والزيادة لمالكها مضمونة على الغاصب على ما قررناه فيما مضى ، فإن كانت زائدة حين تلفها لزمته قيمتها حينئذ ؛ لأنه كان يلزمه ردها زائدة فلزمته قيمتها كذلك ، وإن كانت زائدة قبل تلفها ثم نقصت عند تلفها لزمه قيمتها حين كانت زائدة ؛ لأنه لو ردها ناقصة للزمه أرش نقصها وهو بدل الزيادة فإذا ضمن الزيادة مع ردها ضمنها عند تلفها وإن كان اختلافها لتغير الأسعار لم يضمن الزيادة ؛ لأن نقصان القيمة لذلك لا يضمن مع رد العين فلا يضمن عند تلفها ، وحمل القاضي قول الخرقي على ما إذا اختلفت القيمة لتغير الأسعار ، وهو مذهب الشافعي ؛ لأن أكثر القيمتين فيه للمغصوب منه . فإذا تعذر ردها ضمنها كقيمته يوم التلف وإنما سقطت القيمة مع رد العين .

والمذهب الأول ؛ لما ذكرنا ، وتفارق هذه الزيادة زيادة المعاني ؛ لأن تلك تضمن مع رد العين فكذلك مع تلفها وهذه لا تضمن مع رد العين في الصحيح من المذهب فكذلك مع تلفها ، وقولهم أنها سقطت برد العين لا يصح ؛ لأنها لو وجبت لما سقطت بالرد كزيادة السمن والتعلم .

قال القاضي : ولم أجد عن أحمد رواية بأنها تضمن بأكثر القيمتين لتغير الأسعار .

فعلى هذا تضمن بقيمتها يوم التلف رواه الجماعة عن أحمد .

وعنه أنها تضمن بقيمتها يوم الغصب ، وهو قول أبي حنيفة ومالك ؛ لأنه الوقت الذي أزال يده عنه فيه فتلزمه القيمة حينئذ كما لو أتلفه .

والأول أصح ؛ لأن القيمة إنما تثبت في الذمة حين التلف ؛ لأن قبل ذلك كان الواجب رد العين دون قيمتها فاعتبرت تلك الحالة كما لو لم تختلف قيمته وما ذكروه لا يصح ؛ لأن إمساك المغصوب غصب . فإنه فعل محرم يجب عليه تركه في كل حال . وما روي عن أحمد من اعتبار القيمة بيوم الغصب فقال الخلال : جبن أحمد عنه كأنه رجع إلى قوله الأول .

فصل

ويجب رد المغصوب إن كان باقياً بغير خلاف نعلمه ؛ لقول النبي ﷺ : «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[1] .

ولأن حق المغصوب منه متعلق بعين ماله وماليته ولا يتحقق ذلك إلا برده . فإن تلف في يده لزمه بدله ؛ لقوله تعالى : ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ ما اعتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة :١٩٤] .

ولأنه لما تعذر رد العين وجب رد ما يقوم مقامها في المالية ، ثم ينظر فإن كان مما تتماثل أجزاؤه وتتفاوت صفاته ؛ كالحبوب والأدهان وجب مثله ؛ لأن المثل أقرب إليه من القيمة وهو مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة والمعنى ، والقيمة مماثلة من طريق الظن والاجتهاد فكان ما طريقه المشاهدة مقدماً كما يقدم النص على القياس لكون النص طريقه الإدراك بالسماع ، والقياس طريقه الظن والاجتهاد ، وإن كان غير متقارب الصفات وهو ما عدا المكيل والموزون وجبت قيمته في قول الجماعة ؛ لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال : «من أعتق شركاً له في عبد فكان له مالٌ يبلغ ثمن العبد قوّم العبد عليه قيمة عدل فأعطى شركاؤه حِصَصَهُم وعتق عليه العبد وإلا فقد عَتَقَ عليه ما عتق»[2] رواه الجماعة والدارقطني وزاد : «ورق ما بقي» .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٥٤.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٨٦) ٢: ٨٩٢ كتاب العتق، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين أو أمة بين الشركاء.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٠١) ٣: ١٢٨٦ كتاب الأيمان، باب من أعتق شركاً له في عبد.

⇦

مسألة: (وإذا كانت للمغصوب أجرة فعلى الغاصب ردُّه، وأجرة مثله مدة مُقامه في يده).

هذه المسألة تشتمل على حكمين:

أحدهما: وجوب رد المغصوب.

والثاني: رد أجرته. فأما الأول فلا نعلم فيه خلافاً؛ لما أسلفنا من النص والإجماع. وروى عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لاعباً ولا جاداً، ومن أخذ عصا أخيه فليرُدَّها»[1] رواه أحمد ومسلم.

يعني: أنه يقصد المزح مع صاحبه بأخذ متاعه وهو جاد في إدخال الغم والغيظ عليه.

ولأنه أزال يد المالك عن ملكه بغير حق فلزمته إعادتها. فإن غصب شيئاً فبعّده لزم رده وإن غرم عليه أضعاف قيمته؛ لأنه جنى عليه بتبعيده فكان ضرر ذلك عليه. فإن قال الغاصب: خذ مني أجر رده وتسلمه مني هاهنا، أو بذل له أكثر من قيمته على أن لا يسترده لم يلزم المالك قبول ذلك؛ لأنها معاوضة فلا يجبر عليها كالبيع. وإن قال المالك: دعه لي في مكانه الذي نقلته إليه لم يملك الغاصب رده؛ لأنه أسقط عنه حقاً فسقط وإن لم يقبله كما لو أبرأه من دينه. وإن قال: رده إلي بعض الطريق لزمه ذلك؛ لأنه يلزمه جميع المسافة فلزمه بعضها المطلوب وسقط عنه ما أسقطه. وإن طلب منه حمله إلى مكان آخر في غير طريق

⇦

وأخرجه أبو داود في سننه (٣٩٤٠) ٤: ٢٤ كتاب العتق، باب فيمن روى أنه لا يستسعي.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٤٦) ٣: ٦٢٩ كتاب الأحكام، باب ما جاء في العبد يكون بين الرجلين فيعتق أحدهما نصيبه.

وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٩٩) ٧: ٣١٩ كتاب البيوع، الشركة في الرقيق.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٢٨) ٢: ٨٤٤ كتاب العتق، باب من أعتق شركاً له في عبد.

وأخرجه أحمد في مسنده (٥٨٨٤) طبعة إحياء التراث.

وأخرجه الدارقطني في سننه (٧) ٤: ١٢٣ كتاب المكاتب.

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٥٠٠٣) ٤: ٣٠١ كتاب الأدب، باب من يأخذ الشيء على المزاح.

وأخرجه الترمذي في جامعه (٢١٦٠) ٤: ٤٦٢ كتاب الفتن، باب ما جاء لا يحل لمسلم أن يروع مسلماً.

وأخرجه أحمد في مسنده (١٧٤٨١) طبعة إحياء التراث. و لم أقف عليه عند مسلم.

الرد لم يلزم ذلك الغاصب ، سواء كان أقرب من المكان الذي يلزمه رده إليه أو لم يكن ؛ لأنه معاوضة . وإن قال : دعه في مكانه وأعطني أجر رده لم يجبر على إجابته لذلك ، ومهما اتفقا عليه من ذلك جاز ؛ لأن الحق لهما لا يخرج عنهما .

الحكم الثاني : أنه متى كان للمغصوب أجر فعلى الغاصب أجر مثله مدة مقامه في يده ، سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب ، هذا هو المشهور في المذهب نص عليه أحمد ، وبه قال الشافعي ، ونقل محمد بن الحكم عن أحمد فيمن غصب داراً فسكنها عشرين سنة ، لا أجترئ أن أقول : عليه أجرة ما سكن ، وهذا يدل على توقفه عن إيجاب الأجر ، إلا أن أبا بكر قال : هذا قول قديم ؛ لأن محمد بن الحكم مات قبل أبي عبدالله بعشرين سنة واحتج من لم يوجب الأجر بقوله ﷺ : «الخراج بالضمان»[1] وضمانها على الغاصب .

ولأنه استوفى منفعته بغير عقد ولا شبهة ملك . فلم يضمنها ؛ كما لو زنا بامرأة مطاوعة .

والأول أصح ؛ لأن كل ما ضمنه بالإتلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمنه بمجرد الإتلاف كالأعيان .

ولأنه أتلف متقوماً فوجب ضمانه كالأعيان ، أو نقول مال متقوم مغصوب فوجب ضمانه كالعين . وأما الخبر فوارد في البيع ولا يدخل فيه الغاصب ؛ لأنه لا يجوز له[2] الانتفاع بالمغصوب بالإجماع ولا يشبه الزنا ؛ لأنها رضيت بإتلاف منافعها بغير عوض ولا عقد يقتضي العوض فكان بمنزلة من أعاره داره ، ولو أكرهها عليه لزمه مهرها . والخلاف فيما له منافع تستباح بعقد الإجارة ؛ كالعقار

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥١٠) ٣: ٢٨٤ كتاب الإجارة، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٨٦) ٣: ٥٨٢ كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد فيه عيباً .
وأخرجه النسائي في سننه (٤٤٩٠) ٧: ٢٥٤ كتاب البيوع، الخراج بالضمان .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٤٣) ٢: ٧٥٤ كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان .

(٢) زيادة من المغني ٥: ٤٣٦ .

والدواب والثياب ونحوها . وأما الغنم والشجر والطير ونحوها فلا شيء فيها ؛ لأنه لا منافع لها يستحق بها عوض .

ولو غصب جارية و لم يطأها ومضت عليها مدة يمكن الوطء فيها لم يضمن مهرها ؛ لأن منافع البضع لا تضمن إلا بالاستيفاء بخلاف غيرها .

ولأنها لا تقدر بزمن فيكون مضي الزمان بتلفها بخلاف المنفعة .

مسألة : **(ومن أتلف لذمي خمراً أو خنزيراً فلا غرم عليه ، ويُنهى عن التعرض لهم فيما لم يظهروه)** .

أما الخمر والخنزير فلا يجب ضمانهما ، سواء أتلفهما مسلم أو ذمي لمسلم أو ذمي نص عليه أحمد ، وبهذا قال الشافعي ؛ لما روى جابر أنه سمع النبي ﷺ يقول : «إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام فقيل : يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى به السفن ويدهن به الجلود ويستصبح بها الناس فقال : لا هو حرام . ثم قال عليه السلام عند ذلك : قاتل الله اليهود . إن الله لما حرم شحومها جملوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه»[1] رواه الجماعة .

وما حرم بيعه لا لحرمته لم تجب قيمته ؛ كالميتة .

ولأن ما لم يكن مضموناً في حق المسلم لم يكن مضموناً في حق الذمي ؛ كالمرتد .

ولأنها غير متقومة فلا تضمن كالميتة ، ودليل أنها غير متقومة في حق المسلم فكذلك في حق الذمي فإن تحريمها ثبت في حقهما وخطاب النواهي يتوجه إليهما فما ثبت في حق أحدهما ثبت في حق الآخر .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٢١) ٢: ٧٧٩ كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨١) ٣: ١٢٠٧ كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام.
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٤٨٦) ٣: ٢٧٩ كتاب البيوع، باب في ثمن الخمر والميتة.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٩٧) ٣: ٥٩١ كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع جلود الميتة والأصنام.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٦٩) ٧: ٣٠٩ كتاب البيوع، بيع الخنزير.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٦٧) ٢: ٧٣٢ كتاب التجارات، باب ما لا يحل بيعه.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٤٠٨٦) طبعة إحياء التراث.

وأما قول الخرقي : وينهى عن التعرض لهم فيما لم يظهروه فلأن كل ما اعتقدوا حله في دينهم مما لا أذى للمسلمين فيه من الكفر وشرب الخمر واتخاذه ونكاح ذوات المحارم لا يجوز لنا التعرض لهم فيه إذا لم يظهروه ؛ لأننا التزمنا إقرارهم عليه في دارنا فلا نتعرض لهم فيما التزمنا تركه ، وما أظهروه من ذلك تعين إنكاره عليهم . فإن كان خمراً جازت إراقته ، وإن أظهروا صليباً أو طنبوراً جاز كسره ، وإن أظهروا كفرهم أدّبوا على ذلك ، ويمنعون من إظهار ما يحرم على المسلمين . والله أعلم .

كتاب الشفعة

وهي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه بالثمن الذي استقر عليه العقد، وهي ثابتة بالسنة والإجماع.

أما السنة؛ فما روى جابر «أن النبي ﷺ قضى بالشفعة في كل شِرْكٍ لم يقسم، ربْعَةٍ أو حائطٍ لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك. فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به»[1] رواه مسلم والنسائي وأبو داود.

وأما الإجماع، فقال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط. والمعنى في ذلك: أن أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه وتمكن من بيعه لشريكه وتخليصه مما كان بصدده من توقع الخلاص والاستخلاص، فالذي يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل إلى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر، فإذا لم يفعل ذلك وباعه لأجنبي سلط الشرع الشريك على صرف ذلك إلى نفسه. ولا نعلم أحداً خالف هذا إلا الأصم فإنه قال: لا تثبت الشفعة؛ لأن في ذلك إضراراً بأرباب الأملاك. فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبتعه، ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك، وهذا ليس بشيء لمخالفته للآثار الثابتة والإجماع المنعقد قبله، والجواب عما ذكره من وجهين:

أحدهما: أننا نشاهد الشركاء يبيعون، ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء.

الثاني: أنه يمكنه إذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم فتسقط الشفعة. واشتقاق الشفعة من الشفع وهو الزوج، فإن الشفيع كان نصيبه منفرداً في ملكه فبالشفعة

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٠٨) ٣: ١٢٢٩ كتاب المساقاة، باب الشفعة.
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٥١٣) ٣: ٢٨٥ كتاب البيوع، باب في الشفعة.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٧٠١) ٧: ٣٢٠ كتاب البيوع، الشركة في الرباع.

يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به . وقيل اشتقاقها من الزيادة ؛ لأن الشفيع يزيد المبيع في ملكه .

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : **(ولا تجب الشفعة إلا للشريك المقاسم فإذا وقعت الحدود وصرفت[1] الطرق فلا شفعة)** .

أما الشفعة فثبتت على خلاف الأصل ، إذ هي انتزاع ملك المشتري بغير رضى منه وإجبار له على المعاوضة مع ما ذكره الأصم ، لكن أثبتها الشرع لمصلحة راجحة ، فلا تثبت إلا بشروط أربعة :

أحدها : أن يكون الملك مشاعاً غير مقسوم فأما الجار فلا شفعة له ، وبه قال عمر وعثمان وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار ومالك والشافعي .

وقال أصحاب الرأي : الشفعة بالشركة ثم بالشركة في الطريق ثم بالجوار .

قال أبو حنيفة : يقدم الشريك فإن لم يكن وكان الطريق مشتركاً كدرب لا ينفذ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب الأقرب فالأقرب . فإن لم يأخذوا ثبتت للملاصق من درب آخر خاصة ، واحتجوا بما روى أبو رافع قال : قال رسول الله ﷺ : «الجار أحقُّ بصقبه»[2] رواه البخاري وأبو داود .

وروى الحسن عن سمرة : أن النبي ﷺ قال : «جارُ الدار أحقّ بالدار»[3] رواه الترمذي وحسنه وصححه .

وعن عبد الملك بن سليمان عن عطاء عن جابر قال : قال النبي ﷺ : «الجارُ أحقُّ بشُفعةِ جاره ينتظرُ بها وإن كان غائباً إذا كان طريقُهما واحداً»[4] رواه الخمسة إلا النسائي .

---

(١) في الأصل: وطرقت. وما أثبتناه من المغني ٥: ٤٦١.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٥٧٩) ٦: ٢٥٦٠ كتاب الحِيَل، باب احتيال العامل ليهدى له.
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٥١٦) ٣: ٢٨٦ كتاب البيوع، باب في الشفعة.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥١٧) ٣: ٢٨٦ كتاب البيوع، باب في الشفعة.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٦٨) ٣: ٦٥٠ كتاب الأحكام، باب ما جاء في الشفعة.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥١٨) ٣: ٢٨٦ كتاب البيوع، باب في الشفعة.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٦٩) ٣: ٦٥١ كتاب الأحكام، باب ما جاء في الشفعة للغائب.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٩٤) ٢: ٨٣٣ كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٣٨٤١) طبعة إحياء التراث.

ولأنه اتصال ملك يدوم ويتأبد فتثبت الشفعة به كالشركة .

ولنا : قول النبي ﷺ : «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعتِ الحدود وصرِّفت الطرُق فلا شُفعة»[1] رواه أحمد والبخاري من حديث جابر .

وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : «إذا قُسِّمتِ الدار وحُدَّتْ فلا شُفْعةَ فيها»[2] رواه أبو داود وابن ماجة بمعناه .

ولأن الشفعة ثبتت في موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معدوم في محل النزاع فلا تثبت فيه ، وبيان انتفاء المعنى هو : أن الشريك ربما دخل على شريكه فيتأذى به فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته أو يطلب الداخل المقاسمة ، فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق وهذا لا يوجد في المقسوم .

وأما حديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة ، فإن الصقب القرب ، يقال بالسين والصاد . قال الشاعر :

كوفية نازح محلتها لا أمم دارها ولا صقب

فيحتمل أنه أراد بإحسان جاره وصلته وعيادته ونحو ذلك ، وخبرنا صريح صحيح فيقدم ، وحديث سمرة يرويه عنه الحسن ولم يسمع منه إلا حديث العقيقة . قاله أصحاب الحديث . وعبد الملك قد أنكر عليه هذا الحديث . قال شعبة : سهى فيه عبد الملك ، فإن روى حديثاً مثله طرحت حديثه ثم ترك التحدث عنه . وقال أحمد : هذا الحديث منكر . وقال يحيى بن معين : لم يروه غير عبد الملك وقد أنكروه عليه ويقوي ضعفه رواية جابر الصحيحة المشهورة .

قال ابن المنذر : الحديث الثابت عن رسول الله ﷺ حديث جابر الذي رويناه ، وما عداه من الأحاديث فيها مقال . على أنه يحتمل أنه أراد بالجار

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٥٧٥) ٦: ٢٥٥٨ كتاب الحيل، باب في الهبة والشفعة.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٤٨٦٥) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥١٥) ٣: ٢٨٦ كتاب البيوع، باب في الشفعة.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٩٧) ٢: ٨٣٤ كتاب الشفعة، باب إذا وقعت الحدود فلا شفعة.

الشريك فإنه جار أيضاً . ويسمى كل واحد من الزوجين جاراً . وتسمى الضرتان جارتين ؛ لاشتراكهما في الزوج .

قال حَمْل بن مالك : « كنت بين جارتين لي فضربت إحداهما الأخرى بِمِسْطَح فقتلتها وجنينها »[1] ، وهذا يمكن في تأويل[2] حديث أبي رافع أيضاً .

إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الطريق مفردة أو مشتركة في عدم الشفعة .

الشرط الثاني : أن يكون المبيع أرضاً ؛ لأنها التي تبقى على الدوام ويدوم ضررها ، وأما غيرها فينقسم قسمين :

أحدهما : تثبت فيه الشفعة تبعاً للأرض ، وهو البناء والغراس يباع مع الأرض فإنه يؤخذ بالشفعة تبعاً للأرض بغير خلاف نعلمه عند من أثبت الشفعة . وقد دل عليه قول النبي ﷺ وقضاؤه بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعه أو حائط ، وهذا يدخل فيه البناء والأشجار .

القسم الثاني : ما لا تثبت فيه الشفعة تبعاً ولا مفرداً . وهو الزرع والثمرة الظاهرة تباع مع الأرض ، فإنه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل ، وبهذا قال الشافعي ، وخرج بعض أصحابنا أن يؤخذ ذلك بالشفعة مع أصوله ؛ لأنه متصل بما فيه الشفعة . فتثبت فيه الشفعة تبعاً ؛ كالبناء والغراس .

ووجه الأول وهو أصح : أنه لا يدخل في البيع تبعاً فلا يؤخذ بالشفعة ؛ كقماش الدار وعكسه البناء والغراس ، وتحقيقه : أن الشفعة بيع في الحقيقة . لكن الشارع جعل له سلطان الأخذ بغير رضى المشتري ، فإن بيع الشجر وفيه ثمر غير ظاهر ؛ كالطلع غير المؤبر دخل في الشفعة ؛ لأنها تبع في البيع . فأشبهت الغراس في الأرض ، وأما ما بيع مفرداً من الأرض فلا شفعة فيه ، سواء كان مما ينقل ؛ كالحيوان والثياب والحجارة والزرع والثمار ، أو لا ينقل ؛ كالبناء والغراس إذا بيع مفرداً . وبهذا قال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابه .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٥٧٢) ٤: ١٩١ كتاب الديات ، باب دية الجنين.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٧٣٩) ٨: ٢١ كتاب القسامة ، قتل المرأة بالمرأة.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٦٤١) ٢: ٨٨٢ كتاب الديات ، باب دية الجنين.

(٢) زيادة من المغني ٥: ٤٦٣.

قال أبو الخطاب : وعن أحمد رواية أخرى : أن الشفعة تجب في البناء والغراس وإن بيع مفرداً ، وهو قول مالك ؛ لعموم قوله عليه السلام : « الشفعة فيما لم يُقسم »[(١)] .

ولأن الشفعة وضعت لدفع الضرر وحصول الضرر بالشركة فيما لا يقسم أبلغ منه فيما ينقسم .

ولأن ابن أبي مليكة روى أن النبي ﷺ قال : « الشفعة في كل شيء »[(٢)] .

والمذهب هو الأول ؛ لأن قول النبي عليه السلام : « الشفعة فيما لم يقسم . فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة »[(٣)] لا يتناول إلا ما ذكرناه . وإنما أراد ما لا ينقسم من الأرض بدليل قوله : « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة »[(٤)] .

ولأن هذا مما لا يبقى على الدوام فلا تجب فيه الشفعة ؛ كصبرة الطعام ، وحديث ابن[(٥)] أبي مليكة مرسل لم يرو في الكتب الموثوق بها ، والحكم في الغراق والدولاب والناعورة كالحكم في البناء فأما إن بيعت الشجرة مع قرارها من الأرض مفردة يتخللها من الأرض فحكمها حكم ما لا ينقسم من العقار ؛ لأن هذا مما لا ينقسم على ما سنذكره ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال ؛ لأن القرار تابع لها . فإذا لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب في تبعها ، وإن بيعت حصة من علو دار مشترك نظرت فإن كان السقف الذي تحته لصاحب السفل فلا شفعة في العلو ؛ لأنه بناء مفرد وإن كان لصاحب العلو فكذلك ؛ لأنه بناء منفرد لكونه لا أرض له فهو كما لو لم يكن السقف له ، ويحتمل ثبوت الشفعة ؛ لأن له قراراً فهو كالسفل .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٧٦.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١٣٧١) ٣: ٦٥٤ كتاب الأحكام، باب ما جاء أن الشريك شفيع.

(٣) سبق تخريجه ص: ٧٦.

(٤) سبق تخريجه ص: ٧٦.

(٥) زيادة يقتضيها السياق.

الشرط الثالث : أن يكون المبيع مما يمكن قسمته فأما ما لا يمكن قسمته من العقار ؛ كالحمام الصغير والرحى الصغيرة والعضادة والطريق الضيقة والعراص الضيقة فعن أحمد فيها روايتان :

إحداهما : لا شفعة فيه ، وبه قال الشافعي .

والثانية : فيها الشفعة ، وهي قول أبي حنيفة . وعن مالك كالروايتين .

ووجه هذا عموم قوله عليه السلام : «الشفعة فيما لم يقسم»[1] وسائر الألفاظ العامة .

ولأن الشفعة تثبت لإزالة ضرر المشاركة والضرر في هذا النوع أكثر ؛ لأنه يتأبد ضرره .

والأول ظاهر المذهب ؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : «لا شُفعة في فناء ولا طريق ولا مَنْقَبَة»[2] ، والمنقبة الطريق الضيق ، رواه أبو الخطاب في رؤوس المسائل .

ولأن إثبات الشفعة في هذا يضر بالبائع ؛ لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة وقد يمتنع المشتري لأجل الشفيع فيتضرر البائع وقد يمتنع البيع فتسقط الشفعة فيؤدي إثباتها إلى نفيها ، ويمكن أن يقال : إن الشفعة إنما ثبتت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج إليه من إحداث المرافق الخاصة ولا يوجد هذا فيما لم يقسم ، وقولهم إن الضرر هاهنا أكثر لتأبده ، قلنا : إلا أن الضرر في محل الوفاق من غير جنس هذا الضرر وهو ضرر الحاجة إلى إحداث المرافق الخاصة فلا يمكن التعدية وفي الشفعة هاهنا ضرر غير موجود في محل الوفاق وهو ما ذكرناه فيتعذر الإلحاق فأما إن أمكن قسمته مما ذكرناه ؛ كالحمام الكبير الواسع البيوت بحيث إذا قسم لم يستضر بالقسمة وأمكن الانتفاع بها حماماً فإن الشفعة تجب فيه ، وكذلك البئر والدور والعضائد متى أمكن أن يحصل من ذلك شيئان ؛ كالبئر تقسم بئرين يرتقي الماء منهما وجبت الشفعة ، وكذلك إن كان مع البئر

---

(١) سبق تخريجه ص: ٧٦.

(٢) أخرجه أبو عبيد في غريبه ١: ٤٣٢.

بياض أرض بحيث يحصل البئر في أحد النصيبين وجبت الشفعة أيضاً ؛ لأنه يمكن القسمة .

الشرط الرابع : أن يكون الشقص منتقلاً بعوض فأما المنتقل بغير عوض ؛ كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والإرث فلا شفعة فيه في قول عامة أهل العلم ، منهم أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي ؛ لأنه انتقل بغير عوض . أشبه الميراث .

ولأن محل الوفاق هو البيع والخبر ورد فيه وليس غيره في معناه ؛ لأن الشفيع يأخذه من المشتري بمثل السبب الذي انتقل إليه به ولا يمكن هذا في غيره .

ولأن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمته وفي غيره يأخذه بقيمته فافترقا .

مسألة : (**ومن لم يطالب بالشفعة في وقت علمه بالبيع فلا شفعة له**) .

الصحيح في المذهب : أن حق الشفعة على الفور إن طالب بها ساعة يعلم بالبيع وإلا بطلت . نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فقال : الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم . وهذا قول أبي حنيفة وجديد قولي الشافعي .

وعن أحمد : أن الشفعة على التراخي لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى من عفو أو مطالبة بقسمة ونحو ذلك . وهذا قول مالك وقول للشافعي ، إلا أن مالكاً قال : ينقطع بمضي سنة ، وعنه بمضي مدة يعلم أنه تارك لها ؛ لأن هذا الخيار لا ضرر في تراخيه فلم يسقط بالتأخر كحق القصاص . وبيان عدم الضرر : أن النفع للمشتري باستغلال المبيع فإن أحدث فيه عمارة من غراس أو بناء فله قيمته .

والأول المذهب ؛ لقول عمر : «الشفعةُ كَحَلِّ العِقَال» ، ورواه مرفوعاً إلى النبي ﷺ[1] .

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٠٠) ٢: ٨٣٥ كتاب الشفعة، باب طلب الشفعة.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٠٨ كتاب الشفعة ، باب رواية ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة.

وفي لفظ أنه قال : «الشفعة كَنَشْطَةِ العِقَال إن قُيِّدَت ثبتت ، وإن تُركت فاللّومُ على من تركَها»[1] .

ولأنه خيار لدفع الضرر عن المال . فكان على الفور ؛ كخيار الرد بالعيب .

ولأن إثباته على التراخي يضر المشتري لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ويمنعه من التصرف بعمارة خشية أخذه منه ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته ؛ لأن خسارتها في الغالب أكثر من قيمتها مع تعب قلبه وبدنه فيها .

إذا ثبت هذا فقال ابن حامد : يتقدر الخيار بالمجلس ، وهو قول أبي حنيفة فمتى طالب في مجلس العلم ثبتت الشفعة وإن طال ؛ لأن المجلس كله في حكم حالة العقد بدليل أن القبض فيه لما يشترط فيه القبض كالقبض حالة العقد .

وظاهر كلام الخرقي : أنه لا يتقدر بالمجلس بل متى بادر فطالب عقيب علمه وإلا بطلت شفعته ، وهذا ظاهر كلام أحمد وقول للشافعي ؛ لما ذكرنا من الخبر والمعنى وما ذكروه يبطل بخيار الرد بالعيب .

فعلى هذا متى أخر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر بطلت شفعته ، وإن أخرها لعذر مثل أن يعلم ليلاً فيؤخره إلى الصبح أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل أو يشرب ، أو لطهارة أو إغلاق باب ، أو ليخرج من الحمام ، أو ليؤذن ويقيم ويأتي بالصلاة وسنتها ، أو ليشهدها في جماعة يخاف فوتها لم تبطل شفعته ؛ لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعة إلا أن يكون المشتري حاضراً عنده في هذه الأحوال فيمكنه أن يطالبه من غير اشتغاله عن أشغاله فإن شفعته تبطل بتركه المطالبة ؛ لأن هذا لا يشغله عنها ولا تشغله بالمطالبة عنه . وأما مع غيبته فلا ، فإن العادة تقديم هذه الحوائج . فلم يلزمه تأخيرها ؛ كما لو أمكنه أن يسرع في مشيته أو تحريك دابته فلم يفعل ومضى على حسب عادته لم تسقط شفعته ؛ لأنه طلب بحكم العادة . وإذا فرغ

(١) قال ابن حجر: هذا الحديث ذكره القاضي أبو الطيب ، وابن الصباغ ، والماوردي ، هكذا بدون إسناد. وأخرج عبد الرزاق ٨: ٨٣ (١٤٤٠٦) من قول شريح: إنما الشفعة لمن واثبها . ر. تلخيص الحبير ٣: ١٢٥-١٢٦.

من حوائجه مضى على حسب عادته إلى المشتري فإذا لقيه بدأه بالسلام ؛ لأن ذلك السنة . وفي الحديث : «من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه»[1] ثم يطالب .

وإن قال بعد السلام : بارك الله لك في صفقة يمينك ، أو دعا له بالمغفرة ونحوه لم تبطل شفعته ؛ لأن ذلك يتصل بالسلام فيكون من جملته ، والدعاء له بالبركة في صفقته دعاء لنفسه ؛ لأن الشقص يرجع إليه فلا يكون ذلك رضى .

وإن اشتغل بكلام آخر أو سكت لغير حاجة بطلت شفعته لما قدمناه .

مسألة : **(ومن كان غائباً فعلم بالبيع في وقت قدومه فله الشفعة وإن طالت غيبته)** .

أما الغائب فله الشفعة في قول الأئمة الأربعة ؛ لعموم قوله عليه السلام : «الشفعة فيما لم يقسم»[2] وسائر الأحاديث .

ولأن الشفعة حق مالي وجد سببه بالنسبة إلى الغائب فتثبت له كالإرث .

ولأنه شريك لم يعلم بالبيع فتثبت له الشفعة عند علمه كالحاضر إذا كتم عنه البيع .

إذا ثبت هذا فإنه إذا لم يعلم بالبيع إلا وقت قدومه فله المطالبة وإن طالت غيبته ؛ لأن هذا الخيار ثبت لإزالة الضرر عن المال فتراخي الزمان قبل العلم به لا يسقطه كالرد بالعيب . ومتى علم فحكمه في المطالبة حكم الحاضر في أنه إن طالب على الفور استحق وإلا بطلت شفعته .

وحكم المريض والمحبوس وسائر من لم يعلم البيع لعذر حكم الغائب فيما ذكرنا .

مسألة : **(وإن علم وهو في السفر فلم يشهد على مطالبته فلا شفعة له)** .

---

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط ١: ٤١٣/٢٦٩ عن ابن عمر ولفظه: «من بدأ بالسؤال قبل السلام فلا تجيبوه».
وأخرج الترمذي في جامعه عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ : « السلام قبل الكلام » (٢٦٩٩) ٥: ٥٩ كتاب الاستئذان ، باب ما جاء في السلام قبل الكلام.

(٢) سبق تخريجه ص: ٧٦.

ظاهر هذا أنه متى علم الغائب بالبيع وقدر على الإشهاد على المطالبة فلم يفعل أن شفعته تسقط ، سواء قدر على التوكيل أو عجز عنه وسار عقيب العلم أو أقام وهو ظاهر كلام أحمد ؛ لأنه قد يترك الطلب للعذر وقد يتركه لغيره وقد يسير لطلب الشفعة وقد يسير لغيره ، وقد قدر أن يبين ذلك بالإشهاد . فإذا لم يفعل سقطت شفعته ؛ كتارك الطلب مع حضوره .

ولا خلاف في أنه إذا عجز عن الإشهاد في سفره : أن شفعته لا تسقط ؛ لأنه معذور في تركه . فأشبه ما لو ترك الطلب لعذر أو لعدم العلم . ومتى قدر على الإشهاد فأخره كان كتأخير الطلب للشفعة إن كان لعذر لم تسقط الشفعة وإن كان لغير عذر سقطت ؛ لأن الإشهاد قائم مقام الطلب ونائب عنه فيعتبر له ما يعتبر للطلب .

فصل

إذا شهد على المطالبة ثم أخر القدوم مع إمكانه فظاهر كلام الخرقي : أن الشفعة بحالها . وقال القاضي : تسقط شفعته فإن لم يقدر على المسير وقدر على التوكيل في طلبها فلم يفعل سقطت أيضاً ؛ لأنه تارك للطلب بها مع القدرة عليه فسقطت كالحاضر ، أو كما لو[1] لم يشهد ، وهذا مذهب الشافعي .

ووجه قول الخرقي : أن عليه في السفر ضرراً لالتزامه كلفة وقد تكون له حوائج وتجارة ينقطع عنها وتضيع بغيبته والتوكيل إن كان بجعل لزمه غرم وإن كان بغير جعل لزمته منة ويخاف الضرر من جهته فاكتفى بالإشهاد . وأما إن ترك السفر لعجزه عنه أو لضرر يلحقه فيه لم تبطل شفعته وجهاً واحداً ؛ لأنه معذور فأشبه من لم يعلم وإن لم يقدر على الإشهاد وأمكنه السفر أو التوكيل فلم يفعل سقطت شفعته ؛ لأنه تارك للطلب بها مع إمكانه من غير وجود ما يقوم مقام الطلب فسقطت كما لو كان حاضراً .

(١) زيادة من المغني ٥: ٤٨٧.

مسألة : **(وإن لم يعلم حتى تبايع ذلك ثلاثة أو أكثر كان له أن يطالب بالشفعة من شاء منهم ، فإن طالب الأول رجع الثاني بالثمن الذي أخذ منه والثالث على الثاني)** .

أما المشتري إذا تصرف في المبيع قبل أخذ الشفيع أو علمه فتصرفه صحيح ؛ لأنه ملكه وصح قبضه له و لم يبق إلا أن الشفيع ملك أن يتملكه عليه ، وذلك لا يمنع من تصرفه ؛ كما لو كان أحد العوضين في البيع معيباً لم يمنع التصرف في الآخر والموهوب له يجوز له التصرف في الهبة وإن كان الواهب ممن له الرجوع فيه ، فمتى تصرف فيه تصرفاً صحيحاً[(1)] تجب به الشفعة مثل إن باعه فالشفيع بالخيار إن شاء فسخ البيع الثاني وأخذه بالبيع الأول بثمنه ؛ لأن الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري . وإن شاء أمضى تصرفه وأخذ بالشفعة من المشتري الثاني ؛ لأنه شفيع في العقدين فكان له الأخذ بما شاء منهما ، وإن تبايع ذلك ثلاثة فله أن يأخذ المبيع بالبيع الأول وينفسخ العقدان الأخيران وله أن يأخذه بالثاني وينفسخ الثالث وحده وله أن يأخذه بالثالث . ولا ينفسخ شيء من العقود ، فإذا أخذه من الثالث دفع إليه الثمن الذي اشترى به و لم يرجع على أحد ؛ لأنه وصل إليه الثمن الذي اشترى به وإن أخذه من الثاني دفع إليه الثمن الذي اشترى به ويرجع الثالث عليه بما أعطاه ؛ لأنه قد انفسخ عقده وأخذ الشقص منه فرجع بثمنه على الثاني ؛ لأنه أخذه منه ، وإن أخذ بالبيع الأول دفع إلى المشتري الأول الثمن الذي اشترى به وانفسخ عقد الآخرين ورجع الثالث على الثاني بما أعطاه ورجع الثاني على الأول بما أعطاه . فإذا كان الأول اشتراه بعشرة ثم اشتراه الثاني بعشرين ثم اشتراه الثالث بثلاثين فأخذه بالبيع الأول دفع إلى الأول عشرة ، وأخذ الثاني من الأول عشرين ، وأخذ الثالث من الثاني ثلاثين ؛ لأن الشقص إنما يؤخذ من الثالث لكونه في يده وقد انفسخ عقده فيرجع بثمنه الذي ورثه ، ولا نعلم في هذا خلافاً . وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي ، وما كان في معنى البيع مما تجب فيه

---

(١) زيادة من المغني ٥: ٤٨٩.

الشفعة فهو كالبيع فيما ذكرنا ، وما كان مما لا تجب فيه الشفعة فهو كالهبة والوقف على ما سنذكره إن شاء الله تعالى .

فصل

فإن تصرف المشتري في الشقص بما لا تجب فيه الشفعة ؛ كالوقف والهبة والرهن وجعله مسجداً فقال أبو بكر : للشفيع فسخ ذلك التصرف ويأخذه بالثمن الذي وقع البيع به . وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي ؛ لأن الشفيع ملك فسخ البيع الثاني والثالث مع إمكان الأخذ بهما . فبأن يملك فسخ عقد لا يمكنه الأخذ به أولى .

ولأن حق الشفيع أسبق وجنبته أقوى . فلم يملك المشتري أن يتصرف تصرفاً يبطل حقه . ولا يمتنع أن يبطل الوقف لأجل حق الغير كما لو وقف المريض أملاكه وعليه دين . فإنه إذا مات رد الوقف إلى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه بل لهم إبطال العتق فالوقف أولى .

وقال القاضي : المنصوص عن أحمد إسقاط الشفعة فيما إذا تصرف بالوقف والهبة ؛ لأن الشفعة إنما تثبت في المملوك وقد خرج هذا عن كونه مملوكاً .

وقال ابن أبي موسى : من اشترى داراً فجعلها مسجداً فقد استهلكها ولا شفعة فيها .

ولأن في الشفعة إضراراً بالموهوب له والموقوف عليه ؛ لأن ملكه يزول عنه بغير عوض ولا يزال الضرر بالضرر بخلاف البيع . فإنه إذا فسخ البيع الثاني رجع المشتري الثاني بالثمن الذي أخذ منه فلا يلحقه ضرر .

ولأن ثبوت الشفعة هاهنا يوجب رد العوض إلى غير المالك وسلبه عن المالك . فإذا قلنا بسقوط الشفعة فلا كلام . وإن قلنا بثبوتها فإن الشفيع يأخذ الشقص ممن هو في يده ويفسخ عقده ويدفع الثمن إلى المشتري ؛ لأن الشفيع يبطل الهبة ويأخذ الشقص بحكم العقد الأول ولو لم يكن وهب كان الثمن له كذلك بعد الهبة المفسوخة .

مسألة : **(وللصغير إذا كبر المطالبة بالشفعة)** .

أما إذا بيع في شركة الصغير شقص ثبتت له الشفعة في قول عامة الفقهاء، منهم الأئمة الأربعة ؛ لعموم الأحاديث .

ولأنه خيار جعل لإزالة الضرر عن المال فيثبت في حق الصبي كخيار الرد بالعيب .

إذا ثبت هذا فإن ظاهر قول الخرقي : أن للصغير إذا كبر الأخذ بها ، سواء عفا عنها الولي أو لم يعف ، وسواء كان الحظ في الأخذ بها أو تركها ، وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور له الشفعة إذا بلغ فاختار ولم يفرق ، وهذا قول زفر ومحمد بن الحسن ؛ لأن المستحق للشفعة يملك الأخذ بها ، سواء كان له الحظ فيها أو لم يكن . فلم يسقط بترك غيره ؛ كالغائب إذا ترك وكيله الأخذ بها .

وقال ابن حامد : إن تركها الولي لحظ الصبي ، أو لأنه ليس للصبي ما يأخذها به سقطت ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي ؛ لأن الولي فعل ما له فعله . فلم يجز للصبي نقضه ؛ كالرد بالعيب .

ولأنه فعل ما فيه الحظ للصبي فصح كالأخذ مع الحظ ، وإن تركها لغير ذلك لم تسقط . وهو قول صاحبي أبي حنيفة ؛ لأنه أسقط حقاً للمولى عليه ولا حظ له في إسقاطه . فلم يصح ؛ كالإبراء وإسقاط خيار الرد بالعيب ولا يصح قياس الولي على المالك ؛ لأن للمالك التبرع والإبراء وما لا حظ له فيه بخلاف الولي .

وأما الولي فإن كان للصبي حظ في الأخذ بها مثل أن يكون الشراء رخيصاً أو بثمن المثل وللصبي مال لشراء العقار لزم وليه الأخذ بالشفعة ؛ لأن عليه الاحتياط له والأخذ بما فيه الحظ . فإذا أخذ بها ثبت الملك للصبي ولم يملك نقضه بعد البلوغ في قول أكثر أهل العلم ، منهم أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي .

مسألة : **(وإذا بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه ، إلا أن يشاء المشتري أن يأخذ بناءه فله ذلك إذا لم يكن في أخذه ضرر)** .

أما المشتري فيتصور بناؤه وغرسه في الشقص المشفوع على وجه مباح في مسائل :

منها : أن يظهر المشتري أنه وهب له أو أنه اشتراه بأكثر من ثمنه أو غير ذلك مما يمنع الشفيع من الأخذ بها فيتركه ويقاسمه ثم يبني المشتري ويغرس فيه .

ومنها : أن يكون غائباً فيقاسمه وكيله أو صغيراً فيقاسمه وليه ونحو ذلك ثم يقدم الغائب أو يبلغ الصغير فيأخذ بالشفعة ، وكذلك إن كان غائباً أو صغيراً فطالب المشتري الحاكم بالقسمة فقاسم ثم قدم الغائب وبلغ الصغير فأخذه بالشفعة بعد غرس المشتري وبنائه فإن للمشتري قلع غرسه وبنائه إن اختار ذلك؛ لأنه ملكه فإذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص الأرض . ذكره القاضي ، وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه غرس وبنى في ملكه وما حدث من النقص إنما حدث في ملكه وذلك مما لا يقابله ثمن ، وظاهر كلام الخرقي : أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع ؛ لأنه اشترط في قلع الغرس والبناء عدم الضرر ، وذلك لأنه نقص دخل على ملك غيره لأجل تخليص ملكه . فلزمه ضمانه ؛ كما لو كسر محبرة غيره لإخراج ديناره منها . وقولهم : أن النقص حصل في ملكه ليس كذلك فإن النقص الحاصل بالقلع إنما هو ملك الشفيع . وأما نقص الأرض الحاصل بالغرس والبناء فلا يضمنه ؛ لما ذكرنا . وإن لم يختر المشتري القلع فالشفيع بالخيار بين ثلاثة أشياء وبين ترك الشفعة وبين دفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع الأرض وبين قلع الغرس والبناء ويضمن له ما نقص بالقلع . وبهذا قال مالك والشافعي ؛ لقول النبي ﷺ : «لا ضرر ولا إضرار»[1] ، ولا يزول الضرر عنهما إلا بذلك .

ولأنه بنى في ملكه الذي يملك بيعه . فلم يكلف قلعه مع الإضرار ؛ كما لو لم يكن مشفوعاً .

إذا ثبت هذا فإنه لا يمكن إيجاب قيمته مستحقاً للبقاء في الأرض ؛ لأنه لا يستحق ذلك ، ولا قيمته مقلوعاً ؛ لأنه لو وجبت قيمته مقلوعاً لملك قلعه ولم يضمن شيئاً .

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٨٥) ٤ : ٢٢٨ كتاب في الأقضية والأحكام ، في المرأة تقتل إذا ارتدت.

ولأنه قد يكون مما لا قيمة له إذا قلعه و لم يذكر أصحابنا كيفية وجوب القيمة . فالظاهر أن الأرض تقوم وفيها الغرس والبناء ثم تقوم خالية منهما فتكون ما بينهما قيمة الغرس والبناء فيدفعه الشفيع إلى المشتري إن أحب أو ما نقص منه إن اختار القلع ؛ لأن ذلك هو الذي زاد به الغرس والبناء ، ويحتمل أن يقوم الغرس والبناء مستحقاً للترك بالأجرة أو لأخذه بالقيمة إذا امتنعا من قلعه فإن كان للغرس وقت يقلع فيه فيكون له قيمة وإن قلع قبله لم يكن له قيمة أو تكون قيمته قليلة فاختار الشفيع قلعه قبل وقته فله ذلك ؛ لأنه يضمن النقص فينجبر به ضرر المشتري ، سواء كثر النقص أو قلّ ويعود ضرر كثرة النقص على الشفيع وقد رضي باحتماله ، وإن غرس أو بنى مع الشفيع أو وكيله في المشاع ثم أخذه الشفيع فالحكم في أخذ نصيبه من ذلك كالحكم في أخذ جميعه بعد المقاسمة .

وإن زرع في الأرض فللشفيع الأخذ بالشفعة ويبقى زرع المشتري إلى أوان الحصاد ؛ لأن ضرره لا يتأبد ولا أجرة عليه ؛ لأنه زرعه في ملكه .

ولأن الشفيع اشترى الأرض وفيها زرع للبائع فكان له مبقي إلى الحصاد بلا أجرة كغير المشفوع ، وإن كان في الشجر ثمر ظاهر أثمر في ملك المشتري فهو له مبقي إلى الجذاذ ؛ كالزرع .

مسألة : **(وإن كان الشراء وقع بعين أو ورق أعطاه الشفيع مثل ذلك ، وإن كان عرضاً أعطاه قيمته)** .

أما الشفيع فإنه يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الذي استقر عليه العقد ؛ لأن في حديث جابر أن النبي ﷺ قال : «هو أحق به بالثمن»[1] رواه الجوزجاني في كتابه .

ولأن الشفيع إنما استحق الشقص بالبيع فكان مستحقاً بالثمن كالمشتري .

فإن قيل : إن الشفيع استحق أخذه بغير رضى مالكه فينبغي أن يأخذه بقيمته كالمضطر يأخذ[2] طعام غيره .

---

(١) سبق تخريج حديث جابر ص: ٧٤.

(٢) في الأصل: يأخذه. وما أثبتناه من المغني ٥: ٥٠٥.

قلنا : المضطر استحق أخذه بسبب حاجة خاصة . فكان المرجع في بدله إلى قيمته ، والشفيع استحقه لأجل البيع . ولهذا لو انتقل بهبة أو ميراث لم يستحق الشفعة ، وإذا استحق ذلك بالبيع وجب أن يكون بالعوض الثابت بالبيع .

إذا ثبت هذا فإننا ننظر في الثمن فإن كان دنانير أو دراهم أعطاه الشفيع مثله ، وإن كان مما لا مثل له ؛ كالثياب والحيوان فإن الشفيع يستحق الشقص بقيمة الثمن ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم أبو حنيفة وأصحابه .

فصل

ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن ؛ لأن في أخذه بدون دفع الثمن إضراراً بالمشتري ولا يزال الضرر بالضرر ، فإن أحضر رهناً أو ضميناً لم يلزم المشتري قبوله ؛ لأن في تأخير الثمن ضرراً . فلم يلزم المشتري ذلك ؛ كما لو أراد تأخير ثمن حال ، وإن بذل عوضاً عن الثمن لم يلزمه قبوله ؛ لأنها معاوضة فلم يجبر عليها ، وإذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشتري تسليم الشقص حتى يقبض الثمن ، فإن كان موجوداً سلمه وإن تعذر في الحال فقال أحمد : ينظر الشفيع يوماً أو يومين بقدر ما يرى الحاكم ، فإذا كان أكثر فلا ، وهذا قول مالك ؛ لأنه تملك للمبيع بعوض . فلا يقف على إحضار العوض ؛ كالبيع .

مسألة : **(وإن اختلفا في قدر الثمن فالقول قول المشتري ، إلا أن يكون للشفيع بينة)** .

أما إذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فقال المشتري : اشتريته بمائة فقال الشفيع : بل بخمسين فالقول قول المشتري ؛ لأنه العاقد فهو أعرف بالثمن .

ولأن الشقص ملكه فلا ينزع منه بالدعوى بغير بينة . وبهذا قال الشافعي .

وأما إن كان للشفيع بينة حكم بها ، وكذلك إن كان للمشتري بينة حكم بها واستغني عن يمينه ويثبت ذلك بشاهد ويمين وشهادة رجل وامرأتين ، ولا تقبل شهادة البائع ؛ لأنه إذا شهد للشفيع كان متهماً ؛ لأنه يطلب تقليل الثمن خوفاً من الدرك عليه ، وإن أقام كل واحد منهما بينة احتمل تعارضهما ؛ لأنهما يتنازعان

فيما وقع عليه العقد فيصيران كمن لا بينة لهما ، وذكر الشريف أن البينة بينة الشفيع ويقتضيه مذهب الخرقي ؛ لأن بينة الخارج عنده مقدمة على بينة الداخل والشفيع هو الخارج ، وهذا قول أبي حنيفة .

ولأنهما بينتان تعارضتا فقدمت بينة من لا يقبل قوله عند عدمها ؛ كالداخل والخارج .

فصل

وإن قال المشتري : لا أعلم مبلغ الثمن فالقول قوله ؛ لأن ما يدعيه ممكن لجواز أن يكون اشتراه جزافاً أو بثمن نسي مبلغه ويحلف فإذا حلف سقطت الشفعة ؛ لأنها لا تستحق بغير بذل ولا يمكن أن يدفع إليه ما لا يدعيه ، فإن ادعى أنك فعلت ذلك تحيلاً على إسقاط الشفعة فعليه اليمين على نفي ذلك .

مسألة : (**وإذا كانت دار بين ثلاثة ، لأحدهم نصفها ، وللآخر ثلثها ، وللآخر سدسها ، فباع أحدهم كانت الشفعة بين النفسين على قدر سهامهما**) .

الصحيح في المذهب : أن الشقص المشفوع إذا أخذه الشفعاء قسم بينهم على قدر أملاكهم . اختاره أبو بكر ، وبه قال مالك والشافعي في أحد قوليه .

وعن أحمد رواية ثانية : أنه يقسم بينهم على عدد رؤوسهم . اختارها ابن عقيل ، وهي قول أبي حنيفة وأصحابه ؛ لأن كل واحد منهم لو انفرد لاستحق الجميع فإذا اجتمعوا تساووا ؛ كالبنين في الميراث ، وكالمعتقين في سراية العتق .

ووجه الرواية الأولى : أنه حق يستفاد بسبب الملك . فكان على قدر الأملاك ؛ كالغلة . ودليلهم ينتقض بالابن والأب أو الجد وبالجد مع الإخوة وبالفرسان والرجالة في الغنيمة وبأصحاب الديون والوصايا إذا نقص ماله عن دين أحدهم أو الثلث عن وصية أحدهم ، وفارق الإعتاق ؛ لأنه إتلاف والإتلاف يستوى فيه القليل والكثير ؛ كالنجاسة تلقى في مائع . وأما البنون فإنهم تساووا في

السبب وهو البنوة فتساووا في الإرث بها فنظيره في مسألتنا تساوي الشفعاء في سهامهم .

فعلى هذا ننظر مخرج سهام الشركاء كلهم فنأخذ منها سهام الشفعاء فإذا علمت عدتها قسمت السهم المشفوع عليها ويصير العقار بين الشفعاء على تلك العدة كما يفعل في مسائل الرد سواء، ففي هذه المسألة التي ذكر الخرقي مخرج سهام الشركاء من ستة . فإن باع صاحب النصف فسهام الشفعاء ثلاثة ، لصاحب الثلث سهمان ، وللآخر سهم فالشفعة بينهم على ثلاثة ، ويصير العقار بينهم أثلاثاً ، لصاحب الثلث ثلثاه ، وللآخر ثلثه ، وإن باع صاحب الثلث كانت بين الآخرين أرباعاً ، لصاحب النصف ثلاثة أرباعه ، وللآخر ربعه . وإن باع صاحب السدس كانت بين الآخرين أخماساً ، لصاحب النصف ثلاثة أخماسه ، وللآخر خمساه . وعلى الرواية الأخرى يقسم الشقص المشفوع بين الآخرين نصفين على كل حال . فإن باع صاحب النصف قسم النصف بين شريكيه لكل واحد الربع ، فيصير لصاحب الثلث ثلث وربع ، وللآخر ربع وسدس ، وإن باع صاحب الثلث ، صار لصاحب النصف الثلثان ، وللآخر الثلث . وإن باع صاحب السدس فلصاحب النصف ثلث وربع ولصاحب الثلث ربع وسدس .

مسألة : **(فإن ترك أحدهما شفعته لم يكن للآخر أن يأخذ إلا الكل أو يترك)** .

أما إذا كان الشقص بين شفعاء فترك بعضهم فليس للباقين إلا أخذ الجميع أو ترك الجميع وليس لهم أخذ البعض .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا .

ولأن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري بتبعيض الصفقة عليه والضرر لا يزال بالضرر .

ولأن الشفعة إنما تثبت على خلاف الأصل دفعاً لضرر الشريك الداخل خوفاً من سوء المشاركة ومؤونة القسمة . فإذا أخذ بعض الشقص لم يندفع عنه الضرر فلم يتحقق المعنى المجوز لمخالفة الأصل فلا تثبت ولو كان الشفيع واحداً لم يجز له

أخذ بعض المبيع لذلك فإن فعل سقطت شفعته ؛ لأنها لا تتبعض . فإذا سقط بعضها سقط جميعها ؛ كالقصاص . وإن وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة بعض شركائه أو غيره لم يصح ؛ لأن ذلك عفو وليس بهبة . فلم يصح لغير من هو عليه ؛ كالفعو عن القصاص .

مسألة : **(وعهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع)** .

يعني : أن الشفيع إذا أخذ الشقص فظهر مستحقاً فرجوعه بالثمن[1] على المشتري ويرجع المشتري على البائع . فإن وجده معيباً فله رده على المشتري أو أخذ أرشه منه والمشتري يرد على البائع أو يأخذ الأرش منه ، سواء قبض الشقص من المشتري أو من البائع ، وبهذا قال الشافعي ؛ لأن الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشتري ثم يزول الملك من المشتري إلى الشفيع بالثمن . فكانت العهدة عليه ؛ كما لو أخذه منه ببيع .

ولأنه ملكه من جهة المشتري بالثمن . فملك رده عليه بالعيب ؛ كالمشتري في البيع الأول .

مسألة : **(والشفعة لا تورث ، إلا أن يكون الميت طالب بها)** .

أما الشفيع إذا مات قبل الأخذ بها لم يخل من حالين :

أحدهما : أن يموت قبل الطلب بها فتسقط ولا تنتقل إلى الورثة .

قال أحمد : الموت يبطل به ثلاثة أشياء : الشفعة ، والحد إذا مات المقذوف ، والخيار إذا مات الذي اشترط الخيار لم يكن للورثة ، هذه الثلاثة أشياء إنما هي بالطلب فإنما لم تطلب فليس تجب ، إلا أن يشهد أني على حقي من كذا وكذا وأني قد طلبته فإن مات بعده كان لوارثه الطلب به ، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه .

وقال أبو الخطاب : يتخرج لنا أن يورث وهو قول مالك والشافعي ؛ لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب .

---

(١) زيادة من المغني ٥: ٥٣٤.

والأول أصح ؛ لأنه حق فسخ ثبت لا لفوات جزء . فلم يورث ؛ كالرجوع في الهبة .

ولأنه نوع خيار جعل للتمليك . أشبه خيار القبول ، وأما خيار الرد بالعيب فإنه لاستدراك جزء فات من المبيع .

الحال الثاني : إذا طلب بالشفعة ثم مات فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة قولاً واحداً . ذكره أبو الخطاب وقد ذكرنا نص أحمد عليه ؛ لأن الحق يتقرر بالطلب ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده وقبله يسقط .

وقال القاضي : يصير الشقص ملكاً للشفيع بنفس المطالبة ، وهذا ليس بصحيح فإنه لو صار ملكاً للشفيع لم يصح العفو عن الشفعة بعد طلبها ، كما لا يصح العفو عنها بعد الأخذ بها .

إذا ثبت هذا فإن الحق ينتقل إلى جميع الورثة على حسب مواريثهم ؛ لأنه حق مالي موروث فينتقل إلى جميعهم كسائر الحقوق المالية ، وسواء قلنا الشفعة على قدر الأملاك أو على عدد الرؤوس ؛ لأن هذا ينتقل إليهم من موروثهم ، فإن ترك بعض الورثة حقه قوم الحق على سائر الورثة ولم يكن لهم أن يأخذوا إلا الكل أو يتركوا ؛ كالشفعاء إذا عفا بعضهم عن شفعته ؛ لأننا لو جوزنا أخذ بعض الشقص لتشقص المبيع وتبعّضت الصفقة على المشتري وهذا ضرر في حقه .

مسألة : **(وإن أذن الشريك في البيع ثم طالب بالشفعة بعد وقوع البيع فله ذلك)** .

أما الشفيع إذا عفا عن الشفعة قبل البيع فقال : قد أذنت في البيع ، أو قد أسقطت شفعتي وما أشبه ذلك لم تسقط وله المطالبة بها متى وجد البيع . هذا ظاهر المذهب ، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي .

وعن أحمد ما يدل على أن الشفعة تسقط بذلك ، وهذا قول طائفة من أهل الحديث .

واحتجوا بقوله عليه السلام: «من كان له شركة في أرض ربعةٍ أو حائطٍ فلا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فإن شاء ترك وإن شاء أخذ»[1]. ومحال أن يقول النبي ﷺ: ومن شاء ترك، ولا يكون لتركه معنى.

ومفهوم قوله: فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به: أنه إذا باعه بإذنه لا حق له.

ولأن الشفعة ثبتت في موضع الوفاق على خلاف الأصل لكونه يأخذ ملك المشتري من غير رضاه ويجبره على المعاوضة به لدخوله مع البائع في العقد الذي أساء فيه بإدخال الضرر على شريكه وتركه الإحسان إليه في عرضه عليه، وهذا المعنى معدوم هاهنا فإنه قد عرضه عليه، وامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر في حقه ببيعه، وإن كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه فلا يستحق الشفعة؛ كما لو أخر المطالبة بعد البيع.

ووجه الأول: أنه إسقاط حق قبل وجوبه. فلم يصح؛ كما لو أبرأه مما يجب له أو لو أسقطت المرأة صداقها قبل التزويج. وأما الخبر فيحتمل أنه أراد العرض عليه ليبتاع ذلك إن أراد فتخف عليه المؤونة [ويكتفي أخذ المشتري الشقص][2] لا إسقاط حقه من شفعته.

مسألة: **(ولا شفعة لكافر على مسلم)**.

أما الذمي إذا باع شريكه شقصاً لمسلم فلا شفعة له عليه؛ لما روى الدارقطني في كتاب العلل بإسناده عن أنس أن النبي ﷺ قال: «لا شُفعة لنصراني»[3]، وهذا صريح في نفي شفعة الكافر على المسلم، ومخصص عموم ما رواه جابر.

ولأنه معنى يختص العقار فلا يثبت للكافر على المسلم؛ كالاستعلاء في البنيان. يحققه: أن الشفعة إنما تثبت للمسلم دفعاً للضرر عن ملكه، وقدم دفع

---

(١) سبق تخريجه ص: ٧٤.

(٢) زيادة من المغني ٥: ٥٤٢.

(٣) أخرجه الطبراني في الصغير ١: ٢٠٦.

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٠٨ كتاب الشفعة، باب رواية ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة.

ضرره على دفع ضرر المشتري . ولا يلزم من تقديم دفع ضرر المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذمي . فإن حق المسلم أرجح ورعايته أولى .

ولأن ثبوت الشفعة في محل الإجماع على خلاف الأصل رعاية لحق الشريك المسلم . وليس الذمي في معنى المسلم فيبقى فيه على[1] مقتضى الأصل وتثبت الشفعة للمسلم على الذمي ؛ لعموم الأدلة الموجبة .

ولأنها إذا ثبتت في حق المسلم على المسلم مع عظم حرمته ورعاية حقه . فلأن تثبت على الذمي مع دناءته أولى وأحرى .

فصل

قال أحمد في رواية حنبل : لا أرى في أرض السواد شفعة ، وذلك لأن أرض السواد موقوفة ، وقفها عمر رضي الله عنه على المسلمين ، ولا يصح بيعها . والشفعة إنما تكون في البيع ، وكذلك الحكم في سائر الأراضي التي وقفها عمر وهي التي فتحت عنوة في زمنه ولم يقسمها ؛ كأرض الشام ومصر وكذلك كل أرض فتحت عنوة ولم تقسم بين الغانمين ، إلا أن يحكم ببيع ذلك حاكم أو يفعله الإمام أو نائبه ، فإن فعل ذلك ثبتت فيه الشفعة ؛ لأنه حكم مختلف فيه ، ومتى حكم الحاكم في المختلف فيه بشيء نفذ حكمه . والله أعلم .

(١) في الأصل: فيبقى في ففي الشفعة على. وما أثبتناه من المغني ٥: ٥٥٢.

كتاب المساقاة

المساقاة : أن يدفع الرجل شجره إلى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج إليه بجزء معلوم من ثمره . وإنما سميت مساقاة ؛ لأنها مفاعلة من السقي ؛ لأن أهل الحجاز أكثر حاجة شجرهم إلى السقي ؛ لأنهم يسقون من الآبار فسميت بذلك .

والأصل في جوازها : السنة والإجماع . فأما السنة ؛ فما روى ابن عمر «أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع»[1] رواه الجماعة .

وأما الإجماع فقال أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهم : «عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ، ثم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ، ثم أهلوهم إلى اليوم يعطون الثلث والربع»[2] .

وهذا عمل به الخلفاء الراشدون في مدة خلافتهم واشتهر ذلك و لم ينكر فكان إجماعاً .

ولأن كثيراً من أهل النخيل والشجر يعجزون عن عمارته وسقيه ولا يمكنهم الاستئجار عليه ، وكثير من الناس لا شجر لهم ويحتاجون إلى الثمر[3] ففي تجويز المساقاة دفع للحاجتين وتحصيل لمصلحة الفئتين . فجاز ذلك ؛ كالمضاربة بالأثمان .

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : **(وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم بشيء معلوم يجعل للعامل من الثمر)** .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٠٤) ٢: ٨٢٠ كتاب المزارعة، باب إذا لم يشترط السنين في المزارعة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥١) ٣: ١١٨٦ كتاب المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع.
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٤٠٨) ٣: ٢٦٢ كتاب البيوع، باب في المساقاة.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٨٣) ٣: ٦٦٦ كتاب الأحكام، باب ما ذكر في المزارعة.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٩٣٠) ٧: ٥٣ كتاب الأيمان والنذور، ذكر اختلاف الألفاظ المأثورة في المزارعة.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٦٧) ٢: ٨٢٤ كتاب الرهون، باب معاملة النخيل والكرم.
وأخرجه أحمد في مسنده (٤٦٤٩) طبعة إحياء التراث.

(٢) سيأتي ذكر قول قيس بن مسلم عن أبي جعفر ص: ١٠٠.

(٣) في الأصل: التمر. وما أثبتناه من المغني ٥: ٥٥٦.

أما المساقاة فجائزة في جميع الشجر المثمر . هذا قول الخلفاء الراشدين ، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد للسنة والإجماع .

وقول ابن عمر : «عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج من زرعها وثمرها»[1] وهو عام في كل شجر له ثمر ولا تكاد بلدة ذات أشجار تخلو من شجر غير النخل .

فأما قول الخرقي : بشيء معلوم يجعل للعامل من الثمر فيدل على شيئين :

أحدهما : أن المساقاة لا تصح إلا على جزء من الثمرة معلوم مشاع ؛ كالنصف والثلث ، لحديث ابن عمر : «عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها»[2] وسواء قلَّ الجزء أو كثر . فلو شرط للعامل جزءاً من مائة جزء ، أو جعل جزءاً منها لنفسه والباقي للعامل جاز ، ما لم يجعل ذلك حيلة . وكذلك إن عقده على أجزاء معلومة ؛ كالخمسين وثلاثة أثمان ، أو سدس ونصف سبع ونحوه جاز . وإن عقد على جزء مبهم ؛ كالسهم والجزء والنصيب والحظ ونحوه لم يجز ؛ لأنه إذا لم يكن معلوماً لم يمكن القسمة بينهما .

ولو ساقاه على آصوع معلومة ، أو جعل الجزء المعلوم آصوعاً لم يجز ؛ لأنه ربما لم يحصل ذلك أو لم يحصل غيره فيستضر رب الشجر وربما كثر الحاصل فيستضر العامل ، وإن شرط له ثمر نخلات بعينها لم يجز ؛ لأنها قد لا تحمل فتكون الثمرة كلها لرب المال . وقد لا تحمل غيرها فتكون الثمرة كلها للعامل . ولهذه العلة نهى النبي ﷺ عن المزارعة التي يجعل فيها لرب الأرض مكان معين وللعامل مكان معين .

قال رافع : «كنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك ، فأما الذهب والورق فلم ينهنا»[3] أخرجاه .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٩٦.

(٢) سبق تخريجه ص: ٩٦.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٠٢) ٢: ٨٢٠ كتاب المزارعة، باب قطع الشجر و النخل.

فمتى شرط شيئاً من هذه الشروط الفاسدة فسدت المساقاة والثمرة كلها لرب الشجر ؛ لأنها نماء ملكه . وللعامل أجر مثله ؛ كالمضاربة الفاسدة .

الثاني : أن الشرط للعامل ؛ لأنه إنما يأخذه بالشرط ، والشرط يراد لأجله ورب المال يأخذ بماله لا بالشرط . فإذا قال : ساقيتك على أن لك ثلث الثمرة صح ، وكان الباقي لرب المال ، وإذا قال : على أن لي ثلث الثمرة فقال ابن حامد : يصح والباقي للعامل . وقيل : لا يصح . وقد ذكرنا تعليل ذلك في المضاربة ، وإن اختلفا في الجزء المشروط لمن هو منهما فهو للعامل ؛ لأن الشرط يراد لأجله كما ذكرنا .

فصل

وإذا كان في البستان شجر من أجناس ؛ كالتين والزيتون والكرم والرمان فشرط للعامل من كل جنس قدراً ؛ كنصف ثمر التين ، وثلث الزيتون ، وربع الكرم ، وخمس الرمان ، أو كان فيه أنواع من جنس فشرط من كل نوع قدراً وهما يعرفان قدر كل نوع صح ؛ لأن ذلك كأربعة بساتين ساقاه على كل بستان بقدر مخالف للقدر المشروط من الآخر . وإن لم يعلما قدره أو جهله أحدهما لم يجز ؛ لأنه قد يكون أكثر مما في البستان من النوع الذي شرط فيه القليل أو أكثره مما شرط فيه الكثير . ولو قال : ساقيتك على هذه البستانين بالنصف من هذا والثلث من هذا صح ؛ لأنها صفقة واحدة جمعت عوضين فصار كأنه قال : بعتك داريَّ هاتين هذه بألف وهذه بمائة ، وإن قال : بالنصف من أحدهما والثلث من الآخر لم يصح ؛ لأنه مجهول لا يدري أيهما الذي يستحق نصفه ، ولا الذي يستحق ثلثه . ولو ساقاه على بستان واحد نصفه هذا بالنصف ونصفه هذا بالثلث وهما متميزان صح ؛ لأنهما كبستانين .

ولا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية أو بالصفة التي لا تختلف معها كالبيع ، فإن ساقاه على بستان بغير رؤية ولا صفة لم يصح ؛ لأنه عقد على

مجهول . فلم يصح ؛ كالبيع . وإن ساقاه على أحد هذين الحائطين لم يصح ؛ لأنها معاوضة يختلف الغرض فيها باختلاف الأعيان . فلم يجز على غير معين ؛ كالبيع .

فصل

وتصح المساقاة بلفظ المساقاة وما يؤدي معناها من الألفاظ نحو عاملتك وفالحتك واعمل في بستاني هذا حتى تكمل ثمرته وما أشبه هذا ؛ لأن القصد المعنى . فإذا أتى به بأي لفظ دل عليه صح كالبيع . وإن قال : استأجرتك لتعمل لي في هذا الحائط حتى تكمل ثمرته بنصف ثمرته ففيه وجهان :

أحدهما : لا يصح . ذكره أبو الخطاب ؛ لأن الإجارة يشترط لها كون العوض معلوماً والعمل معلوماً وتكون لازمة والمساقاة بخلافه .

والثاني : يصح ، وهذا أقيس ؛ لأنه مؤد للمعنى . فصح به العقد ؛ كسائر الألفاظ المتفق عليها .

وقد ذكر أبو الخطاب أن معنى قول أحمد : تجوز إجارة الأرض ببعض الخارج منها المزارعة على أن البذر والعمل من العامل ، وما ذكر من شروط الإجارة إنما يعتبر في الإجارة الحقيقية[1] أما إذا أريد بالإجارة المزارعة فلا يشترط لها غير شروط المزارعة .

مسألة : **(ولا يجوز أن يجعل له فضل دراهم)** .

يعني : إذا شرط جزءاً معلوماً من الثمرة ودراهم معلومة ؛ كعشرة ونحوها لم يجز بغير خلاف ؛ لأنه ربما لم يحدث من النماء ما يساوي تلك الدراهم فيتضرر رب المال ولذلك منعنا[2] من اشتراط أقفزة معلومة . ولو شرط دراهم منفردة عن الجزء لم يجز لذلك . ولو جعل له ثمرة سنة غير السنة التي ساقاه فيها ، أو ثمر شجر غير الشجر الذي ساقاه عليه ، أو شرط عليه عملاً في غير الشجر الذي ساقاه عليه أو عملاً في غير السنة فسد العقد ، سواء جعل ذلك كل حقه أو بعضه أو جميع

(١) في الأصل: الحقيقة. وما أثبتناه من المغني ٥: ٥٦٥.

(٢) في الأصل: وكذلك معنا. وما أثبتناه من المغني ٥: ٥٧٨.

العمل أو بعضه ؛ لأنه يخالف موضوع المساقاة ، إذ موضوعها أن يعمل في شجر معين بجزء مشاع من ثمرته في ذلك الوقت الذي يستحق عليه فيه العمل .

مسألة : **(وتجوز المزارعة ببعض ما تُخرج الأرض)** .

معنى المزارعة : دفع الأرض إلى من يزرعها ، وهي جائزة في قول أكثر أهل العلم ؛ لما روى البخاري عن قيس بن مسلم عن أبي جعفر قال : «ما بالمدينة أهل بيت إلا يزرعون على الثلث والربع ، وزارع علي وسعد بن مالك وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل عمر وآل علي . وعامل عمر الناس على إن جاء عمر بالبذر من عنده فله النصف ، وإن جاؤا بالبذر فلهم كذا»[1] .

وهذا أمر صحيح مشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى مات ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ثم أهلوهم من بعدهم ، ولم يبق بالمدينة إلا من عمل به ، وعمل به أزواج النبي عليه السلام من بعده . ومثل هذا لا يجوز أن ينسخ ؛ لأن النسخ إنما يكون في حياة رسول الله ﷺ ، وأما شيء عمل به إلى أن مات ثم عمل به خلفاؤه بعد موته ، وأجمعت الصحابة عليه وعملوا به ولم يخالف فيه منهم أحد : فكيف يجوز نسخه ومتى كان نسخه؟ فإن كان نسخ في حياة رسول الله ﷺ فكيف عمل به بعد نسخه وكيف خفي نسخه فلم يبلغ خلفاءه مع اشتهار قصة خيبر وعملهم بها؟ فأين كان راوي النسخ حتى لم يذكره ولم يخبرهم به؟

إذا ثبت هذا فإن حكم المزارعة حكم المساقاة في أنها إنما تجوز بجزء شائع معلوم للعامل من الزرع وفيما ذكرنا من الأحكام .

مسألة : **(إذا كان البذر من رب الأرض)** .

ظاهر المذهب : أن المزارعة إنما تصح إذا كان البذر من رب الأرض والعمل من العامل نص عليه أحمد في رواية جماعة ، واختاره عامة الأصحاب وهو مذهب

---

(١) ذكره البخاري في صحيحه معلقاً ٢ : ٨٢٠ كتاب المزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه.

الشافعي ؛ لأنه عقد يشترك العامل ورب الأرض في نمائه . فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما ؛ كالمساقاة والمضاربة .

وعن أحمد ما يدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل فإنه قال في رواية مهنا في الرجل يكون له الأرض فيها نخل وشجر يدفعها إلى قوم يزرعون الأرض ويقومون على الشجر على أن له النصف ولهم النصف : لا بأس بذلك ، قد دفع النبي ﷺ خيبر على هذا . فأجاز دفع الأرض لزرعها من غير ذكر البذر .

فعلى هذا أيهما أخرج البذر جاز . روي ذلك عن عمر بن الخطاب ، وهو قول أبي يوسف وطائفة من أهل الحديث وهو الصحيح عندي .

وروي عن سعد وابن مسعود وابن عمر : أن البذر من العامل ولعلهم أرادوا أنه يجوز أن يكون من العامل فيكون كقول عمر ولا يكون قولاً ثالثاً .

والدليل على صحة ما ذكرنا قول ابن عمر : «دفع رسول الله ﷺ إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوا من أموالهم ولرسول الله ﷺ شطر ثمرها»[1] .

وفي لفظ : «على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها»[2] أخرجهما البخاري .

فجعل عملها وزرعها عليهم و لم يذكر شيئاً آخر .

فظاهره : أن البذر من أهل خيبر . والأصل المعول عليه في المزارعة قصة خيبر و لم يذكر النبي ﷺ أن البذر على المسلمين ولو كان شرطاً لما أخل بذكره ولو فعله النبي وأصحابه لنقل و لم يجز الإخلال بنقله .

ولأن عمر فعل الأمرين جميعاً . فإن البخاري روى عنه : «أنه عامل الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر ، وإن جاؤا بالبذر فلهم كذا»[3] .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٨٠) ٢: ٩٧٣ كتاب الشروط ، باب إذا اشترط في المزارعة: إذا شئت أخرجتك.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٠٦) ٢: ٨٢١ كتاب المزارعة، باب المزارعة مع اليهود.

(٣) سبق تخريجه ص: ١٠٠.

فظاهر هذا : أن ذلك اشتهر و لم ينكر فكان إجماعاً . وما ذكره أصحابنا من القياس فخالف النص والإجماع اللذين ذكرناهما فكيف يعمل به؟ ثم هو منتقض بما إذا[1] اشترك مالان وبدن صاحب أحدهما .

وإن كان البذر منهما نصفين وشرطا أن الزرع بينهما نصفان فهو بينهما ، سواء قلنا بصحة المزارعة أو فسادها ؛ لأنها إن كانت صحيحة فالزرع بينهما على ما شرطاه . وإن كانت فاسدة فلكل واحد منهما بقدر بذره ، لكن إن حكمنا بصحتها لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء ، وإن قلنا من شرط صحتها إخراج رب المال البذر فهي فاسدة ، فعلى العامل نصف أجر الأرض وله على رب المال نصف أجر عمله فيتقاصان بقدر الأقل منهما ويرجع أحدهما على صاحبه بالفضل . وإن شرطا التفاضل في الزرع وقلنا بصحتها فالزرع بينهما على ما شرطاه ولا تراجع بينهما . وإن قلنا بفسادها فالزرع بينهما على قدر بذرهما ويتراجعان كما ذكرنا وكذلك إن تفاضلا في البذر وشرطا التساوي في الزرع أو شرطا لأحدهما أكثر من قدر بذره أو أقل .

مسألة : **(فإن اتفقا على أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ويقتسما ما بقي لم يجز ، وكان للمزارع أجرة مثله وكذلك يبطل إن أخرج المزارع البذر ويصير الزرع للمزارع وعليه أجرة الأرض)** .

أما إذا اتفقا على أن يأخذ رب الأرض مثل بذره فلا يصح ؛ لأنه يصير كأنه اشترط لنفسه قفزاناً معلومة وذلك شرط فاسد تفسد به المزارعة ؛ لأن الأرض ربما لا تخرج إلا تلك القفزان فيختص رب المال بها وربما لا تخرجها الأرض . وأما إذا أخرج المزارع البذر فهو مبني على الروايتين في صحة هذا الشرط .

وقد ذكر الخرقي أنه فاسد فإذا أخرج المزارع البذر فسدت كما لو أخرج العامل في المضاربة رأس المال من عنده ، ومتى فسدت المزارعة فالزرع لصاحب البذر ؛ لأنه نماء عين ماله تنقلب من حال إلى حال وتنمي فصار كصغار الشجر

---

(١) زيادة من المغني ٥: ٥٩١.

إذا غرس فطال والبيضة إذا حضنت فصارت فرخاً . والبذر هاهنا من المزارع فكان الزرع له وعليه أجرة الأرض ؛ لأن ربها إنما بذلها له بعوض لم يسلم لـه فرجـع إلى عوض منافعها الفائتة بزرعها على صاحب الأرض . ولو فسـدت والبـذر مـن رب الأرض كان الزرع له وعليه أجر مثل العامل لذلك . وإن كان البذر منهما فالزرع بينهما ويتراجعان بما يفضل لأحدهما على صاحبه من أجـر مثـل الأرض الـتي فيهـا نصيب العامل وأجر العامل بقدر عمله في نصيب صاحب الأرض .

فصل

وإن زارعه علـى أن لـرب الأرض زرعـاً بعينـه وللعـامل زرعـاً بعينـه مثـل أن يشترط لأحدهما زرع ناحية وللآخـر زرع أخرى أو يشـترط أحدهمـا مـا علـى السواقي والجداول إما منفرداً أو مع نصيبه فهو فاسـد بإجمـاع العلمـاء ؛ لأن الخـبر صحيح في النهي عنه غير معارض ولا منسوخ .

ولأنه يؤدي إلى تلف ما عين لأحدهما دون الآخر فينفرد أحدهما بالغلة دون صاحبه . والله أعلم .

كتاب الإجارات

اشتقاق الإجارة من الأجر وهو العوض. قال الله تعالى: ﴿لَوْ شِئْتَ لاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْراً﴾ [الكهف: ٧٧]، ومنه سمي الثواب أجراً؛ لأن الله يعوض العبد به على طاعته أو صبره على مصيبته.

والأصل في جواز الإجارة الكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب؛ فقول الله عز وجل: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] وقال تعالى: ﴿قالت إحداهُما يا أَبَتِ استأجِرْهُ إنَّ خَيْرَ من استأْجَرتَ القَويّ الأمينُ ۞ قال إنّي أُريدُ أن أُنكِحَكَ إحدى ابنتيَّ هاتَيْن على أَنْ تَأْجُرَني ثَماني حِجَجٍ فإنْ أَتْمَمْتَ عشراً فَمِنْ عِندِكَ﴾ [القصص: ٢٦-٢٧].

وروى ابن ماجة في سننه عن عتبة بن النُّدَّر[1] قال: «كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ: ﴿طسم﴾ [القصص: ١] حتى إذا بلغ قصة موسى قال: إن موسى عليه السلام آجر نفسه ثماني سنين أو عشراً على عفّة فرجه وطعام بطنه»[2].

وقال تعالى: ﴿فَوَجَدا فيها جداراً يُرِيدُ أَنْ يَنْقَضَّ فَأَقَامَهُ قال لو شئت لاتَّخَذْتَ عليه أَجْراً﴾ [الكهف: ٧٧] وهذا يدل على جواز أخذ[3] الأجر على إقامته.

وأما السنة: فعن عائشة في حديث الهجرة قالت: «واستأجر النبي ﷺ وأبو بكر رجلاً من بني الديل هادياً خريتاً -والخريت: الماهر بالهداية- وهو على دين قريش وأمِنَاه ودفعا إليه راحلتيهما ووعداه غار ثور بعد ثلاث ليال فأتاهما براحلتيهما صبيحة ليال ثلاث فارتحلا»[4].

---

(١) في الأصل: المنذر. وما أثبتناه من السنن.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٤٤) ٢: ٨١٧ كتاب الرهون، باب إجارة الأجير على طعام بطنه.

(٣) زيادة من المغني ٦: ٢.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٤٤) ٢: ٧٩٠ كتاب الإجارة، باب استئجار المشركين عند الضرورة... ولم أقف عليه في مسند أحمد.

وعن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «ما بعث الله نبياً إلا رعى الغنم. فقال أصحابه: وأنت قال: نعم كنت أرعاها على قراريط لأهل مكة»[1] رواهما أحمد والبخاري.

قال سويد بن سعيد: يعني كل[2] شاة بقيراط.

وقال إبراهيم الحربي: قراريط: اسم موضع.

وأجمع أهل العلم في كل عصر ومصر على جواز الإجارة إلا ما يحكى عن عبد الرحمن بن الأصم أنه قال: لا يجوز ذلك؛ لأنه غرر يعني: أنه يعقد على منافع لم تخلق وهذا غلط لا يمنع انعقاد الإجماع الذي سبق في الأعصار وسار في الأمصار، والعبرة أيضاً دالة عليه فإن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان فلما جاز العقد على الأعيان وجب أن تجوز الإجارة على المنافع، ولا يخفى ما بالناس من الحاجة إلى ذلك فإنه ليس لكل أحد دار يملكها ولا يقدر كل مسافر على بعير أو دابة يملكها ولا يلزم أصحاب الأملاك إسكانهم وحملهم تطوعاً، وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر ولا يمكن كل أحد عمل ذلك ولا يجد متطوعاً به فلا بد من الإجارة لذلك بل ذلك مما جعله الله تعالى طريقاً للرزق حتى أن أكثر المكاسب بالصنائع، وما ذكره من الغرر لا يلتفت إليه مع ما ذكرنا من الحاجة فإن العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها؛ لأنها تتلف بمضي الساعات فلا بد من العقد عليها قبل وجودها كالسلم في الأعيان.

فصل

وهي نوع من البيع؛ لأنها تمليك من كل واحد منهما لصاحبه فهي بيع المنافع والمنافع بمنزلة الأعيان؛ لأنها يصح تملكها في حال الحياة وبعد الموت وتضمن

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٤٣) ٢: ٧٨٩ كتاب الإجارة، باب رعي الغنم على قراريط. ولم أقف عليه في مسند أحمد.

(٢) زيادة من سنن ابن ماجة ٢: ٧٢٧/٢١٤٩.

باليد والإتلاف ويكون عوضها[1] عيناً وديناً، وإنما اختصت باسم كما اختص بعض البيوع باسم كالصرف والسلم.

إذا ثبت هذا فإنها تنعقد بلفظ الإجارة والكراء؛ لأنهما موضوعان لها، وهل تنعقد بلفظ البيع؟ فيه وجهان:

أحدهما: تنعقد؛ لأنها بيع. فانعقدت بلفظه؛ كالصرف.

والثاني: لا تنعقد به؛ لأن فيها معنى خاصاً فافتقرت إلى لفظ يدل على ذلك المعنى.

ولأن الإجارة تضاف إلى العين التي يضاف إليها البيع إضافة واحدة فاحتيج إلى لفظ يعرف ويفرق بينهما كالعقود المتباينة.

ولأنه عقد يخالف البيع في الحكم والاسم فأشبه النكاح.

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (**وإذا وقعت الإجارة على مدة معلومة بأجرة معلومة فقد ملك المستأجر المنافع وملكت عليه الأجرة كاملة في وقت العقد، إلا أن يشترطا أجلاً**).

هذه المسألة تشتمل على أحكام ستة:

أحدها: أن المعقود عليه المنافع، وهذا قول أكثر أهل العلم، منهم أبو حنيفة ومالك وأكثر أصحاب الشافعي؛ لأن المعقود عليه هو المتسوفى بالعقد، وذلك هو المنافع دون الأعيان.

ولأن الأجر في مقابلة المنفعة ولهذا تضمن دون العين. وما كان العوض في مقابلته فهو المعقود عليه وإنما أضيف العقد إلى العين؛ لأنها محل المنفعة ومنشأها كما يضاف عقد المساقاة إلى البستان والمعقود عليه الثمرة. ولو قال: أجرتك منفعة داري جاز.

الحكم الثاني: أن الإجارة إذا وقعت على مدة يجب أن تكون معلومة؛ كشهر وسنة ولا نعلم في هذا خلافاً؛ لأن المدة هي الضابطة للمعقود عليه المعرفة

(١) في الأصل: وتضمن بالإتلاف ويكون عوضاً، وما أثبتناه من المغني ٦: ٣.

له . فوجب أن تكون معلومة ؛ كعدد المكيلات فيما بيع بالكيل ، فإن قدر المدة بسنة مطلقة حمل على سنة بالأهلة ؛ لأنها المعهودة [في الشرع][1] . قال الله : ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَهِلَّةِ قُلْ هي مواقيت لِلنَّاسِ والحَجِّ﴾ [البقرة :١٨٩] فوجب أن يحمل العقد عليها فإن شرط هلالية كان تأكيداً ، وإن قال عددية أو سنة بالأيام كان له ثلاثمائة وستون يوماً ؛ لأن الشهر العددي ثلاثون يوماً ، وإن استأجر سنة هلالية عند أول الهلال عدّ اثني عشر شهراً بالأهلة ، سواء كان الشهر تاماً أو ناقصاً ؛ لأن الشهر الهلالي ما بين الهلالين ينقص مرة ويزيد أخرى ، وإن كان العقد في أثناء شهر عدّ ما بقي من الشهر وعدّ بعده أحد عشر شهراً بالهلال ثم كمل الشهر الأول بالعدد ثلاثين يوماً ؛ لأنه قد تعذر إتمامه بالهلال فتممناه بالعدد وأمكن استيفاء ما عداه بالهلال فوجب ذلك ؛ لأنه الأصل .

وعن أحمد رواية أخرى : أنه يستوفي الجميع بالعدد ؛ لأنها مدة يستوفى بعضها بالعدد . فوجب استيفاء جميعها به ؛ كما لو كانت المدة شهراً واحداً .

ولأن الشهر الأول ينبغي أن يكمل من الشهر الذي يليه فيحصل ابتداء الشهر الثاني في أثنائه وكذلك كل شهر يأتي بعده ، ولأبي حنيفة والشافعي كالروايتين ، وهكذا إن كان العقد على الشهر دون السنة وإن جعلا المدة سنة رومية أو شمسية أو فارسية أو قبطية وكانا يعلمان ذلك جاز وكان له ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً وربع يوم ، فإن الشهور الرومية منها سبعة أحد وثلاثون يوماً ، وأربعة ثلاثون ثلاثون وشهر ثمانية وعشرون يوماً وربع يوم ، وشهور القبط كلها ثلاثون ثلاثون وزادوها خمسة أيام لتساوي سنتهم السنة الرومية ، وإن كان أحدهما يجهل ذلك لم يصح ؛ لأن المدة المجهولة في حقه وإن آجره إلى العيد انصرف إلى الذي يليه وتعلق بأول جزء منه ؛ لأنه جعله غاية فتنتهي مدة الإجارة بأوله .

وقال القاضي : لا بد من تعيين العيد ، فطراً أو أضحى ، من هذه السنة أو سنة كذا ، وكذلك الحكم إن علقه بشهر يقع اسمه على شهرين ؛ كجمادى وربيع

---

(١) زيادة من المغني ٦: ٥.

يجب على قوله أن يذكر الأول أو الثاني من سنة كذا، وإن علقه بشهر مفرد؛ كرجب وشعبان فلا بد أن يبينه من أي سنة وإن علقه بيوم فلا بد على قوله أن يبينه من أي أسبوع.

الحكم الثالث: أنه يشترط في عوض الإجارة كونه معلوماً، لا نعلم في ذلك خلافاً، وذلك لأنه عوض في عقد معاوضة. فوجب أن يكون معلوماً؛ كالثمن في البيع، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره»[1]، ويعتبر العلم بالرؤية أو بالصفة كالبيع سواء، فإن كان العوض معلوماً بالمشاهدة دون القدر كالصبرة احتمل وجهين أشبههما الجواز؛ لأنه عوض معلوم يجوز به البيع. فجازت به الإجارة؛ كما لو علم قدره.

الثاني: لا يجوز؛ لأنه قد ينفسخ العقد بعد تلف الصبرة فلا يدري بكم يرجع فاشترط معرفة قدره كعوض المسلم فيه، والأول أصح.

وظاهر كلام الخرقي: أن العلم بالقدر في عوض السلم ليس بشرط ثم الفرق بينهما أن المنفعة هاهنا أجريت مجرى الأعيان؛ لأنها متعلقة بعين حاضرة والسلم يتعلق بمعدوم فافترقا، وللشافعي نحو مما ذكرنا.

الحكم الرابع: أن الإجارة إذا تمت وكانت على مدة ملك المستأجر المنافع المعقود عليها إلى المدة ويكون حدوثها على ملكه، وبهذا قال الشافعي. لأن الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص، وقد ثبت أن هذه المنفعة المستقبلة كأن مالك العين يتصرف فيها كتصرفه في العين فلما أجرها صار المستأجر مالكاً للتصرف فيها كما كان يملكه المؤجر فثبت أنها كانت مملوكة لمالك العين ثم انتقلت إلى المستأجر.

الحكم الخامس: أن المؤجر يملك الأجرة بمجرد العقد إذا أطلق و لم يشترط المستأجر أجلاً كما يملك البائع الثمن بالبيع، وبهذا قال الشافعي؛ لأنه عوض

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٢٠ كتاب الإجارة، باب لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة. عن أبي هريرة.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٨٥٧) ٧: ٣١ كتاب المزارعة. موقوفاً على أبي سعيد.

أطلق ذكره في عقد معاوضة فيستحق بمطلق العقد كالثمن والصداق أو نقول عوض في عقد يتعجل بالشرط فوجب أن يتعجل بمطلق العقد كالذي ذكرنا . وإن كانت الإجارة على عمل فإن الأجر يملك بالعقد أيضاً ، لكن لا يستحق تسليمه إلا عند تسليم العمل . وإنما توقف استحقاق تسليمه على العمل ؛ لأنه عوض فلا يستحق تسليمه إلا مع تسليم المعوض ؛ كالصداق والثمن في البيع ، وفارق الإجارة على الأعيان ؛ لأن تسليمها جرى مجرى تسليم نفعها ومتى كانت على منفعة في الذمة لم يحصل تسليم المنفعة ولا ما يقوم مقامها فيتوقف استحقاق تسليم الأجر على تسليم العمل .

الحكم السادس : أنه إذا اشترط تأجيل الأجر فهو إلى أجله وإن شرطه منجماً يوماً بيوم ، أو شهراً بشهر ، أو أقل من ذلك أو أكثر فهو على ما اتفقا عليه ؛ لأن إجارة العين كبيعها وبيعها يصح بثمن حال أو مؤجل فكذلك إجارتها .

فصل

وإذا استوفى المستأجر المنافع استقر الأجر ؛ لأنه قبض المعقود عليه . فاستقر عليه البدل ؛ كما لو قبض المبيع ، فإن سلمت إليه العين التي وقعت الإجارة عليها ومضت المدة ولا مانع له عن الانتفاع استقر الأجر وإن لم ينتفع ؛ لأن المعقود عليه تلف تحت يده وهي حقه فاستقر عليه بدلها كثمن المبيع إذا تلف في يد المشتري ، وإن كانت الإجارة على عمل فتسلم المعقود عليه ومضت مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها مثل أن يكتري دابة ليركبها إلى حمص فقبضها ومضت مدة يمكن ركوبها فيها فقال أصحابنا : يستقر عليه الأجر ، وهو مذهب الشافعي ؛ لأن المنافع تلفت تحت يده باختياره فاستقر الضمان عليه ؛ كما لو تلفت العين في يد المشتري ، وكما لو كانت الإجارة على مدة فمضت ، وإن بذل تسليم العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة استقر الأجر عليه ؛ لأن المنافع تلفت باختياره في مدة الإجارة فاستقر عليه الأجر كما لو كانت في يده ، وإن بذل تسليم العين وكانت

الإجارة على عمل فقال أصحابنا : إذا مضت مدة يمكن الاستيفاء فيها استقر عليه الأجر ، وبهذا قال الشافعي ؛ لأن المنافع تلفت باختياره .

والصحيح عندي : لا أجر عليه ، وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأنه عقد على ما في الذمة . فلم يستقر عوضه ببذل التسليم كالمسلم فيه .

ولأنه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمن . فلم يستقر عوضها بالبذل ؛ كالصداق إذا بذلت تسليم نفسها وامتنع الزوج من أخذها ، وإن كان هذا في إجارة فاسدة ففيما إذا عرضها على المستأجر فلم يأخذها فلا أجر عليها ؛ لأنها لم تتلف تحت يده ولا في ملكه ، وإن قبضها ومضت المدة أو مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها أو لا يمكن فعن أحمد روايتان :

إحداهما : عليه أجر المثل لمدة بقائها في يده ، وهو قول الشافعي ؛ لأن المنافع تلفت تحت يده بعوض لم يسلم له فرجع إلى قيمتها كما لو استوفاها .

والثانية : لا شيء له ، وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنه عقد فاسد على منافع لم يستوفها . فلم يلزمه عوضها ؛ كالنكاح الفاسد . وإن استوفى المنفعة في العقد الفاسد ، فعليه أجر المثل ، وبه قال مالك والشافعي ؛ لأن ما يضمن بالمسمى في العقد الصحيح وجب ضمانه بجميع القيمة في الفاسد ؛ كالأعيان .

مسألة : **(وإذا وقعت الإجارة على كل شهر بشيء معلوم لم يكن لواحد منهما الفسخ إلا عند تقضي كل شهر)** .

أما إذا قال : أجرتك هذا كل شهر بدرهم فاختلف أصحابنا فذهب القاضي إلى أن الإجارة صحيحة وهو المنصوص عن أحمد واختيار الخرقي ، إلا أن الشهر الأول تلزم الإجارة فيه بإطلاق العقد ؛ لأنه معلوم يلي العقد وله أجر معلوم وما بعده من الشهور يلزم العقد فيه بالتلبس به وهو السكنى في الدار إن كانت الإجارة على دار ؛ لأنه مجهول حال العقد فإذا تلبس به تعين بالدخول فيه فصح بالعقد الأول ، وإن لم يتلبس به أو فسخ العقد عند انقضاء الأول انفسخ ، وكذلك حكم كل شهر يأتي ، وهذا مذهب أبي حنيفة وأصحابه ، واختار أبو بكر وابن حامد : أن العقد باطل وهو الصحيح من قولي الشافعي ؛ لأن كل اسم للعدد فإذا

لم يقدره كان مبهماً مجهولاً فيكون فاسداً ؛ كما لو قال : أجرتك مدة أو شهراً ، وحملا كلام أحمد في هذا على أن الإجارة وقعت على أشهر معينة .

ووجه الأول : أن علياً رضي الله عنه قال : « جُعْتُ مرةً جُوعاً شديداً فخرجت أطلب العمل في عوالي المدينة فإذا أنا بامرأة قد جمعت مَدَراً فظننتها تريد بلّه فقاطعتها كل ذنوبٍ على تمرة فمدَدْتُ ستة عشر ذنوباً حتى مَجَلَتْ[1] يداي ثم أتيتها فعدت لي ستة عشر تمرة فأتيت النبي ﷺ فأخبرته فأكل معي منها »[2] رواه الإمام أحمد .

وهو نظير مسألتنا .

ولأن شروعه في كل شهر مع ما تقدم في العقد من الاتفاق على تقدير أجره والرضى ببذله به جرى مجرى ابتداء العقد عليه وصار كالبيع بالمعاطاة إذا جرى من المساومة ما دل على التراضي به .

فعلى هذا متى ترك التلبس به في شهر لم تثبت الإجارة فيه لعدم العقد ، وإن فسخ فكذلك وليس بفسخ في الحقيقة ؛ لأن العقد في الشهر الثاني ما ثبت .

فصل

إذا قال : أجرتك داري عشرين شهراً كل شهر بدرهم جاز بغير خلاف نعلمه ؛ لأن المدة معلومة وأجرها معلوم وليس لواحد منهما فسخ بحال ؛ لأنها مدة واحدة . فأشبه ما لو قال : أجرتك عشرين شهراً بعشرين درهماً . وإن قال : أجرتكها شهراً بدرهم وما زاد فبحساب ذلك صح في الشهر الأول ؛ لأنه أفرده بالعقد وبطل في الزائد ؛ لأنه مجهول ، ويحتمل أن يصح في كل شهر تلبس به كما لو قال : أجرتكها كل شهر بدرهم ؛ لأن معناهما واحد ، وإن قال : أجرتكها هذا الشهر بدرهم وكل شهر بعد ذلك بدرهم ، أو قال : بدرهمين صح في الأول . وفيما بعده وجهان .

(١) في الأصل: بجلت. وما أثبتناه من المسند. ومعنى مجلت: تورمت وانتفخت.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (١١٣٥) ١: ١٣٥.

والإجارة عقد لازم من الطرفين ليس لواحد منهما فسخها ، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي ؛ لأنها عقد معاوضة . فكان لازماً ؛ كالبيع .

ولأنها نوع من البيع وإنما اختصت باسم كما اختص الصرف والسلم باسم ، وسواء كان له عذر أو لم يكن ، وبهذا قال مالك والشافعي ؛ لأنه عقد لا يجوز فسخه لغير عذر فلم يجز لعذر في غير المعقود عليه ؛ كالبيع .

مسألة : **(ومن استأجر عقاراً مدة بعينها فبدا له قبل تقضيها فقد لزمته الأجرة كاملة[1])**.

قد بينا أن الإجارة عقد لازم يقتضي تمليك المؤجر الأجر والمستأجر المنافع فإذا فسخ المستأجر الإجارة قبل انقضاء مدتها وترك الانتفاع اختياراً منه من غير موافقة المؤجر لم تنفسخ الإجارة والأجر لازم له ولم يزل ملكه عن المنافع ؛ كما لو اشترى شيئاً وقبضه ثم تركه ؛ لأنه عقد لازم من الطرفين . فلم يملك أحد المتعاقدين فسخه وإن فسخه لم يسقط العوض الواجب عليه كالبيع .

فصل

ولا خلاف بين أهل العلم القائلين بجواز العقد على المنافع في إباحة إجارة العقار . حكاه ابن المنذر . ولا تجوز إجارتها إلا في مدة معينة معلومة ولا بد من مشاهدته وتحديده فإنه لا يصير معلوماً إلا بذلك ولا يجوز إطلاقه ولا وصفه ، وبهذا قال الشافعي . ولا يكتفى بالصفة ؛ لأنه لا يصير معلوماً إلا بالرؤية فإذا كان داراً أو حماماً احتاج إلى مشاهدة البيوت ؛ لأن الغرض يختلف بصغرها وكبرها ومرافقها ومشاهدة قدر الحمام ليعلم كبرها من صغرها ومعرفة ماء الحمام إما من قناة أو بئر ، فإن كان من بئر احتاج إلى مشاهدتها ليعلم عمقها ومؤونة استسقاء الماء منها ومشاهدة الأتون ومطرح الرماد وموضع الزبل ومصرف ماء الحمام . فمتى أخل بهذا[2] أو بعضه لم تصح للجهالة بما يختلف الغرض به[3] .

(١) زيادة من المغني ٦: ٢١.
(٢) في الأصل: بهذه. وما أثبتناه من المغني ٦: ٢٢.
(٣) زيادة من المغني ٦: ٢٢.

مسألة : (**ولا يتصرف مالك العقار فيه إلا عند تقضي المدة**) .

أما المستأجر فإنه يملك المنافع بالعقد كما يملك المشتري المبيع بالبيع ويزول ملك المؤجر عنها كما يزول ملك البائع عن المبيع فلا يجوز التصرف فيها ؛ لأنها صارت مملوكة لغيره كما لا يملك البائع التصرف في المبيع ، فإن تصرف فيها نظرنا فإن كان ذلك في حال بدا للمستأجر قبل تقضي المدة مثل أن يكتري داراً سنة فيسكنها شهراً ويتركها فيسكنها المالك بقية السنة أو يؤجرها لغيره احتمل أن ينفسخ العقد فيما استوفاه المالك ؛ لأنه تصرف فيه قبل قبض المكتري له . فأشبه ما لو أتلف المكيل قبل تسليمه وسلم باقيه .

فعلى هذا إن تصرف المالك في بعض المدة دون بعض انفسخ العقد في قدر ما تصرف فيه دون ما لم يتصرف فيه ويكون على المستأجر أجر ما بقي ، فلو سكنها المستأجر شهراً وتركها شهراً وسكن المالك عشرة أشهر لزم المستأجر أجر شهرين وإن سكنها شهراً وسكن المالك شهرين ثم تركها فعلى المستأجر أجر عشرة أشهر ويحتمل أن يلزم المستأجر أجر جميع المدة ، وله على المالك أجر المثل لما سكن أو تصرف فيه يقسط ذلك مما على المستأجر من الأجر ويلزمه الباقي ؛ لأنه تصرف فيما ملكه المستأجر عليه بغير إذنه . فأشبه ما لو تصرف في المبيع بعد قبض المشتري له وقبض الدار هاهنا قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يملك التصرف في المنافع بالسكنى والإجارة وغيرها .

فعلى هذا لو كان أجر المثل الواجب على المالك بقدر المسمى في العقد لم يجب على المستأجر شيء وإن فضلت منه فضلة لزم المالك أداؤها إلى المستأجر .

والأول أولى ، وهو ظاهر مذهب بالشافعي . وإن تصرف المالك قبل تسليم العين أو امتنع من تسليمها حتى انقضت مدة الإجارة انفسخت الإجارة وجهاً واحداً ؛ لأن العاقد أتلف المعقود عليه قبل تسليمه فانفسخ العقد ؛ كما لو باعه طعاماً فأتلفه قبل تسليمه ، وإن سلمها إليه في أثناء المدة انفسخت فيما مضى ويجب أجر الباقي بالحصة موزعاً على الأزمنة إن اختلفت وإلا فبالأجزاء إن اتفقت وإنما لزمه أجر ما بقي كالمبيع إذا سلم بعضه وأتلف بعضه .

مسألة : **(وإن حوله المالك قبل تقضي المدة لم يكن له أجرة لما سكن)** .

يعني : إذا استأجر عقاراً مدة فسكنها بعض المدة ثم أخرجه المالك ومنعه تمام السكنى فلا شيء له من الأجر .

قال صاحب المغني : ويحتمل أن يجب له أجر ما سكن ، وهو قول أكثر الفقهاء ؛ لأنه استوفى ملك غيره على سبيل المعاوضة . فلزمه عوضه ؛ كالمبيع إذا استوفى بعضه ومنعه المالك بقيته كما لو تعذر استيفاء الباقي لأمر غالب .

والأول أصح ، وهو منصوص أحمد ؛ لأنه لم يسلم إليه ما عقد الإجارة عليه . فلم يستحق شيئاً ؛ كما لو استأجره ليحمل له كتاباً إلى موضع فحمله بعض الطريق أو استأجره ليحفر له عشرين ذراعاً فحفر له عشراً وامتنع من حفر الباقي ، وقياس الإجارة على الإجارة أولى من قياسها على البيع ، ويفارق ما إذا امتنع لأمر غالب ؛ لأن له عذراً ، والحكم فيمن اكترى دابة فامتنع المكري من تسليمها في بعض المدة أو آجر نفسه أو عبده للخدمة مدة[1] وامتنع من إتمامها أو آجر نفسه لبناء حائط أو خياطة أو حفر بئر أو حمل شيء إلى مكان وامتنع من إتمام العمل كالحكم في العقار يمتنع من تسليمه وأنه لا يستحق شيئاً ؛ لما ذكرنا .

مسألة : **(فإن جاء أمر غالب يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد لزمه من الأجرة بمقدار مدة انتفاعه)** .

أما من استأجر عيناً مدة فحيل بينه وبين الانتفاع بها لم يخل من أقسام :

أحدها : أن تتلف العين ؛ كموت الدابة أو العبد فذلك على ثلاثة أضرب :

أحدها : أن تتلف قبل قبضها فإن الإجارة تنفسخ بغير خلاف نعلمه ؛ لأن المعقود عليه تلف قبل قبضه . فأشبه ما لو تلف الطعام المبيع قبل قبضه .

الثاني : أن تتلف عقيب قبضها فإن الإجارة تنفسخ أيضاً ويسقط الأجر في قول عامة الفقهاء ، منهم أبو حنيفة ومالك والشافعي ومن تبعهم ؛ لأن المعقود

---

(١) زيادة من المغني ٦: ٢٤.

عليه [أتلف بعد قبضه . أشبه المبيع وهذا غلط ؛ لأن المعقود عليه][1] المنافع وقبضها باستيفائها أو التمكن من استيفائها و لم يحصل ذلك . فأشبه تلفها قبل قبض العين .

الثالث : أن تتلف بعد مضي شيء من المدة فإن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة دون ما مضى ويكون للمؤجر من الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة ، وذلك لما ذكرنا من أن المعقود عليه المنافع وقد تلف بعضها قبل قبضه فبطل العقد فيما تلف دون ما قبض ؛ كما لو اشترى صبرتين فقبض إحداهما وتلفت الأخرى قبل قبضها ثم ننظر فإن كان أجر المدة متساوياً فعليه بقدر ما مضى إن كان قد مضى النصف فعليه نصف الأجر وإن كان [قد مضى][2] الثلث فعليه الثلث كما يقسم الثمن على المبيع المتساوي ، وإن كان مختلفاً كدار أجرها في الشتاء أكثر من أجرها في الصيف وأرض أجرها في الصيف أكثر من أجرها في الشتاء أو دار لها موسم كدور مكة رجع في تقويمه إلى أهل الخبرة ويسقط الأجر المسمى على حسب قيمة المنفعة كقسمة الثمن على الأعيان المختلفة في البيع ، وكذلك لو كان الأجر على قطع مسافة كبعير استأجره على حمل شيء إلى مكان معين وكانت متساوية الأجزاء ومختلفة . وهذا ظاهر مذهب الشافعي .

القسم الثاني : أن يحدث على العين ما يمنع نفعها ؛ كدار انهدمت وأرض غرقت أو انقطع ماؤها وهذه ينظر فيها . فإن لم يبق فيها نفع أصلاً فهي كالتالفة سواء ، وإن بقي فيها نفع غير ما استأجرها له مثل أن يمكن الانتفاع بعرصة الدار والأرض لوضع حطب فيها أو نصب خيمة في الأرض التي استأجرها للزرع أو صيد السمك من الأرض التي غرقت انفسخت الإجارة أيضاً ؛ لأن المنفعة التي وقع العقد عليها تلفت فانفسخت الإجارة ؛ كما لو استأجر دابة ليركبها فزمنت بحيث لا تصلح إلا لتدور في الرحى .

---

(١) زيادة من المغني ٦: ٢٦.
(٢) زيادة من المغني ٦: ٢٦.

وقال القاضي في الأرض التي ينقطع ماؤها: لا تنفسخ الإجارة فيها، وهو منصوص الشافعي؛ لأن المنافع لم تبطل جملة؛ لأنه يمكن الانتفاع بعرصة الأرض بنصب خيمة أو جمع حطب فيها فأشبه ما لو نقص نفعها مع بقائه.

فعلى هذا يخير المستأجر بين الفسخ والإمضاء. فإن فسخ فحكمه حكم العبد إذا مات. وإن اختار إمضاء العقد فعليه جميع الأجر؛ لأن ذلك عيب. فإذا رضي به سقط حكمه. فإن لم يختر الفسخ ولا الإمضاء إما لجهله بأن له الفسخ أو لغير ذلك فله الفسخ بعد ذلك.

والأول أصح؛ لأن بقاء عين المعقود عليه لا يمنع انفساخ العقد بتلف المعقود عليه كالأعيان في البيع. ولو كان النفع الباقي في العين مما لا يباح استيفاؤه بالعقد؛ كدابة استأجرها للركوب فصارت لا تصلح إلا للحمل أو بالعكس انفسخ العقد وجهاً واحداً؛ لأن المنفعة الباقية لا يمكن استيفاؤها مع سلامتها فلا يملكها مع تعيبها كبيعها. وأما إن أمكن الانتفاع بالعين فيما اكتراها له على نعت من القصور مثل أن يمكنه أن يزرع الأرض بغير ماء أو كان الماء ينحسر عن الأرض التي غرقت على وجه يمتنع بعض الزراعة أو يسوء الزرع أو كان يمكنه سكنى ساحة الدار إما في خيمة أو غيرها لم تنفسخ الإجارة؛ لأن المنفعة المعقود عليها لم تزل بالكلية. فأشبه ما لو تعيبت وللمتسأجر خيار الفسخ على ما ذكرنا، إلا في الدار إذا انهدمت فإن فيها وجهين:

أحدهما: لا تنفسخ الإجارة.

والثاني: تنفسخ؛ لأنه زال اسمها بهدمها وذهبت المنفعة التي تقصد منها ولذلك لا يستأجر أحد عرصة دار ليسكنها. فأما إن كان الحادث في العين لا يضرها؛ كغرق الأرض بماء ينحسر عن قرب من الزمان لا يمنع الزرع ولا يضره وانقطاع الماء عنها إذا ساق المؤجر إليها ماء من مكان آخر أو كان انقطاعه في زمن لا يحتاج إليه فيه فليس للمستأجر الفسخ؛ لأن هذا ليس بعيب، وإن حدث الغرق المضر أو انقطاع الماء أو الهدم ببعض العين المستأجرة فلذلك البعض حكم نفسه في الفسخ أو ثبوت الخيار وللمكتري الخيار في بقية العين؛ لأن الصفقة

تبعضت عليه فإن اختار الإمساك أمسك بالحصة من الأجر كما إذا تلف أحد القفيزين من الطعام في يد البائع .

القسم الثالث : أن تغصب العين المستأجرة فللمستأجر الفسخ ؛ لأن فيه تأخير حقه فإن فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين . وإن لم ينفسخ حتى انقضت مدة الإجارة فله الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجر المثل ؛ لأن المعقود عليه لم يفت مطلقاً بل إلى بدل وهو القيمة فأشبه ما لو أتلف الثمرة المبيعة آدمي قبل قطعها ويتخرج انفساخ العقد بكل حال على الرواية التي تقول : إن منافع الغصب لا تضمن ، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه ، وإن زال الغصب عن العين المؤجرة في أثناء المدة ولم يكن فسخ استوفى المستأجر ما بقي منها ويكون فيما مضى من المدة مخيراً كما ذكرنا ، وإن كانت الإجارة على عمل ؛ كخياطة ثوب أو حمل شيء إلى موضع معين فغصب الحيوان الذي يحمل عليه وعبده الذي يخيط له لم ينفسخ العقد وللمستأجر مطالبة الأجير بعوض المغصوب وإقامة من يعمل العمل ؛ لأن العقد على ما في الذمة كما لو وجد بالمسلم فيه عيباً فرده فإن تعذر البدل ثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ والصبر إلى أن يقدر على العين المغصوبة فيستوفى منها .

القسم الرابع : أن يتعذر استيفاء المنفعة من العين بفعل صدر منها مثل أن يأبق العبد أو تشرد الدابة . وقد ذكرنا حكم ذلك فيما مضى .

القسم الخامس : أن يحدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة أو تحصر البلد فيمتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع ونحو ذلك فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ ؛ لأنه أمر غالب منع المستأجر استيفاء المنفعة فأثبت الخيار كغصب العين ، ولو استأجر دابة ليركبها أو ليحمل عليها إلى مكان معين فانقطعت الطريق إليه لخوف حادث ، أو اكترى إلى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق فلكل واحد منهما فسخ الإجارة ، وإن أحبا إبقاءها إلى حين إمكان استيفاء المنفعة جاز ؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما ، وأما إن كان الخوف خاصاً بالمستأجر مثل أن يخاف وحده لقرب أعدائه من الموضوع

المستأجر أو حلولهم في طريقه لم يملك الفسخ ؛ لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية فأشبه مرضه وكذلك لو حبس أو مرض أو ضاعت نفقته أو تلف متاعه لم يملك فسخ الإجارة لذلك ؛ لأنه ترك استيفاء المنافع لمعنى من جهته . فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه ؛ كما لو تركها اختياراً .

مسألة : **(ومن استؤجر لعمل شيء بعينه فمرض أقيم مقامه من يعمله والأجرة على المريض)** .

لا نعلم خلافاً في جواز استئجار الآدمي . وقد آجر موسى عليه السلام نفسه لرعاية الغنم .

ولأنه يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فجازت إجارته كالدور ، ثم إجارته تقع على ضربين :

أحدهما : استئجار مدة لعينها لعمل بعينه ؛ كإجارة موسى عليه السلام نفسه ثماني سنين .

الثاني : استئجاره على عمل معين في الذمة ؛ كاستئجار النبي ﷺ وأبي بكر دليلاً يدلها على الطريق ، واستئجار رجل لخياطة قميص أو بناء حائط ، ويتنوع ذلك نوعين :

أحدهما : أن تقع الإجارة على عين ؛ كإجارة عبده لرعاية غنم أو ولده لعمل معين .

والثاني : أن تقع على عمل في الذمة ؛ كخياطة قميص ، وبناء حائط . فمتى كانت على عمل في ذمته فمرض[1] وجب عليه أن يقيم مقامه من يعمله ؛ لأنه حق وجب في ذمته . فوجب عليه إيفاؤه كالمسلم فيه ولا يجب على المستأجر إنظاره ؛ لأن العقد بإطلاقه يقتضي التعجيل وفي التأخير إضرار به ، وأما إن كانت الإجارة على عينه في مدة أو غيرها فمرض لم يقم عنه مقامه ؛ لأن الإجارة وقعت على عمله بعينه لا على شيء في ذمته ، وعمل غيره ليس بمعقود عليه ، وإنما وقع

(١) زيادة من المغني ٦: ٣٤.

العقد على معين . فأشبه ما لو اشترى معيناً[1] لم يجز أن يدفع إليه غيره ولا يبدله بخلاف ما لو وقع في الذمة فإنه يجوز إبدال المعيب ، ولا ينفسخ العقد بتلف ما تسلمه والمبيع المعين بخلافه فكذلك الإجارة . وإن كانت الإجارة على عمل في الذمة لكنه لا يقوم غير الأجير مقامه كالنسخ فإنه يختلف القصد فيه باختلاف الخطوط لم يكلف إقامة غيره مقامه ولا يلزم المستأجر قبول ذلك إن بذله الأجير ؛ لأن الغرض لا يحصل من غير الناسخ كحصوله منه . فأشبه ما لو أسلم إليه في نوع فسلم إليه غيره وهكذا كل ما يختلف باختلاف الأعيان .

مسألة : **(وإذا مات المكري والمكتري أو أحدهما فالإجارة بحالها)** .

وبهذا قال مالك والشافعي ويحتمل أن تنفسخ الإجارة بموت أحدهما ، وبه قال أبو حنيفة ؛ لأن استيفاء المنفعة يتعذر بالموت ؛ لأنه استحق بالعقد استيفاءها على ملك المؤجر فإذا مات زال ملكه عن العين فانتقلت إلى ورثته فالمنافع تحدث على ملك الوارث فلا يستحق المستأجر استيفاءها ؛ لأنه ما عقد مع الوارث ، وإذا مات المستأجر لم يمكن إيجاب الأجر في تركته .

والأول المذهب ؛ لأنه عقد لازم فلا ينفسخ بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه كما لو زوج أمته ثم مات وما ذكر للوجه الآخر لا يصح فإنا قد ذكرنا أن المستأجر قد ملك المنافع وملكت عليه الأجرة كاملة في وقت العقد ثم يلزمهم ما لو زوج أمته ثم مات ولو صح ما ذكروه لكن وجوب الأجر هاهنا بسبب من المستأجر فوجب في تركته بعد موته ؛ كما لو حفر بئراً فوقع فيها شيء بعد موته ضمنه في ماله ؛ لأن سبب ذلك كان منه في حال الحياة كذا هاهنا .

فصل

وإن مات المكتري ولم يكن له وارث يقوم مقامه في استيفاء المنفعة أو كان غائباً ؛ كمن يموت في طريق مكة ويخلف جمله الذي اكتراه وليس له عليه شيء يحمله ولا وارث له حاضر يقوم مقامه ، فظاهر كلام أحمد : أن الإجارة تنفسخ

---

[1] في الأصل: معيب. وما أثبتناه من المغني ٦: ٣٤.

فيما بقي من المدة ؛ لأنه قد جاء أمر غالب يمنع المستأجر منفعة العين . فأشبه ما لو غصبت .

ولأن بقاء العقد ضرر في حق المكتري والمكري ؛ لأن المكتري يجب عليه الكراء من غير نفع والمكري يمتنع عليه التصرف في ماله مع ظهور امتناع الكراء عليه ، ويجب أن يقدر أنه لم يكن ثم من ورثته من يقوم مقامه في الانتفاع ؛ لأن الوارث يقوم مقام الموروث .

مسألة : **(ومن استأجر عقاراً فله أن يسكنه غيره إذا كان يقوم مقامه)** .

أما من استأجر عقاراً للسكنى فله أن يسكنه ويسكن فيه من شاء ممن يقوم مقامه في الضرر أو دونه ويضع فيه ما جرت عادة الساكن به من الرحل والطعام ويخزن فيها الثياب وغيرها مما لا يضر بها ، ولا يسكنها ما يضر بها مثل القصارين والحدادين ؛ لأن ذلك يضر بها ، ولا يجعل فيها الدواب ؛ لأنها تروث فيها وتفسدها ولا يجعل فيها السرجين ولا رحى ولا شيئاً يضر بها ، ولا يجوز أن يجعل فيها شيئاً ثقيلاً فوق سقف ؛ لأنه يثقله ويكسر خشبه ولا يجعل فيها شيئاً يضر بها ، إلا أن يشترط ذلك ، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً وإنما كان كذلك ؛ لأن له استيفاء المعقود عليه بنفسه ونائبه والذي يسكنه نائب عنه في استيفاء المعقود عليه فجاز ؛ كما لو وكل وكيلاً في قبض المبيع أو دين له ولا يملك فعل ما يضر بها ؛ لأنه فوق المعقود عليه . فلم يكن له فعله ؛ كما لو اشترى شيئاً لم يملك أخذ أكثر منه وأما إن جعل الدار مخزناً للطعام فقد قال أصحابنا : يجوز ذلك ؛ لأنه يجوز أن يجعلها مخزناً لغيره ويحتمل أن لا يجوز ؛ لأن ذلك يفضي إلى تخريق الفار أرضها وحيطانها وذلك ضرر لا يرضى به صاحب الدار . وهذا هو الصحيح عندي .

مسألة : **(ويجوز أن يستأجر الأجير بطعامه وكسوته)** .

اختلفت الرواية عن أحمد في استئجار الأجير بطعامه وكسوته ، وفيما إذا جعل له أجراً معلوماً وشرط طعامه وكسوته فعنه جواز ذلك ، وهو مذهب مالك ، وصح عن أبي بكر وعمر وأبي موسى أنهم استأجروا الأجراء بطعامهم

وكسوتهم . وعن أحمد : جواز ذلك في الظئر دون غيرها . اختاره القاضي ، وهذا مذهب أبي حنيفة ؛ لأن ذلك مجهول . وإنما جاز ذلك في الظئر ؛ لقول الله تعالى : ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة :٢٣٣] أوجب لهن النفقة والكسوة على الرضاع ولم يفرق بين المطلقة وغيرها بل في الآية قرينة تدل على طلاقها ؛ لأن الزوجة تجب نفقتها وكسوتها بالزوجية وإن لم ترضع .

ولأن الله تعالى قال[1] : ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ [البقرة :٢٣٣] والوارث ليس بزوج .

ولأن المنفعة في الحضانة والرضاع[2] غير معلومة فجاز أن يكون عوضها كذلك .

وعن أحمد رواية ثالثة : لا يجوز ذلك بحال ، لا في الظئر ولا في غيرها ، وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد ؛ لأن ذلك يختلف اختلافاً كثيراً متبايناً .

ووجه الرواية الأولى ؛ ما روى أحمد وابن ماجة عن عتبة بن النُّدَّر[3] قال : « كنا عند رسول الله ﷺ فقرأ ﴿طسم﴾ [القصص :١] حتى إذا بلغ قصة موسى فقال : إن موسى عليه السلام آجر نفسه ثماني سنين أو عشر سنين على عفّة فرجه وطعام بطنه »[4] ، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه .

ولأن من ذكرنا من الصحابة فعلوه ولم يظهر لهم نكير فكان إجماعاً .

ولأنه قد ثبت في الظئر بالآية فيثبت في غيرها بالقياس عليها .

ولأنه عوض منفعة . فقام العرف فيه مقام التسمية ؛ كنفقة الزوجة .

ولأن الكسوة عرفاً وهي كسوة الزوجات والإطعام عرفاً في الكفارات فجاز إطلاقه كنقد البلد .

إذا ثبت هذا فإنهما إن تشاحا في مقدار الطعام والكسوة رجع في القوت إلى الإطعام في الكفارة وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله .

---

(١) زيادة من المغني ٦:٦٩.

(٢) مثل السابق.

(٣) في الأصل: المنذر. وما أثبتناه من السنن.

(٤) سبق تخريجه ص: ١٠٤.

قال أحمد : إذا تشاحا في الطعام يحكم له بمد كل يوم ذهب بـه إلى ظـاهر مـا أمر الله تعالى من إطعام المساكين ففسرت ذلك السنة بأنه مد لكل مسكين .

ولأن الإطعام مطلق في الموضعين فما فسر به أحدهما فسر الآخر به ، وليـس له إطعام الأجـير إلا مـا يوافقـه مـن الأغذيـة ؛ لأن عليـه ضـرراً ولا يمكنـه استيفاء الواجب له منه .

فصل

وإن شرط للأجير كسوة ونفقة معلومة موصوفة كما يوصف في السلم جـاز ذلك عند الجميع وإن لم يشترط الأجـير طعامـاً ولا كسـوة فنفقتـه وكسـوته علـى نفسه وكذلك الظئر .

قال ابن المنذر : لا أعلم عن أحـد خلافـاً في هـذا ، وإن شـرط للأجـير طعـام غيره وكسوته موصوفاً جاز ؛ لأنه معلوم . أشبه ما لو شرط دراهم معلومة ويكون ذلك للأجير إن شاء أطعمه وإن شـاء تركـه ، وإن لم يكـن موصوفـاً لم يجز ؛ لأن ذلك مجهول احتمل فيما إذا شرطه للأجير للحاجة إليه وجرت العادة بـه فـلا يلزم احتمالها مع عدم ذلك ، ولو استأجر دابة بعلفها أو بأجر مسـمى وعلفهـا لم يجـز ؛ لأنه مجهول ولا عرف له يرجع إليـه ولا نعلـم أحـداً قـال بجـوازه ، إلا أن يشـترطه موصوفاً فيجوز .

وإن استغنى الأجير عن طعام المؤجر بطعام نفسه أو غيره أو عجز عن الأكـل لمرض أو غيره لم تسقط نفقته وكان له المطالبة بها ؛ لأنه عوض فلا تسـقط بـالغنى عنه كالدراهم ، وإن احتاج إلى دواء لمرضه لم يلزم المستأجر ذلك ؛ لأنـه لم يشـرط له إلا طعام الأصحاء ، لكن يلزمه له بقدر طعام الصحيح يشتري له بـه الأجـير مـا يصلح له ؛ لأن ما زاد على طعام الصحيح لم يقع العقد عليه فلا يلزم به كالزائد في القدر .

فصل

إذا دفع إليه طعامه فأحب الأجير أن يستفضل بعضه لنفسه نظرت فإن كان المؤجر دفع إليه أكثر من الواجب له ليأكل قدر حاجته ويفضل الباقي أو كان في تركه لأكله كله ضرر على المؤجر بأن يضعف عن العمل أو يقل لبن الظئر منع منه ؛ لأنه في الصورة الأولى لم يملكه إياه وإنما أباحه أكل قدر حاجته وفي الثانية على المستأجر ضرر بتفويت بعض ماله من منفعته فمنع منه كالجمال إذا امتنع من علف الجمال ، وإن دفع إليه قدر الواجب من غير زيادة أو دفع إليه أكثر وملكه إياه و لم يكن في تفضيله لبعضه ضرر بالمستأجر جاز ؛ لأنه حق له لا ضرر على المستأجر فيه . فأشبه الدراهم .

وإن قدم إليه طعاماً فنهب أو تلف قبل أكله نظرت فإن كان على مائدة لا يخصه فيها بطعامه فهو من ضمان المستأجر ؛ لأنه لم يسلمه إليه فكان تلفه من ماله ، وإن خصه بذلك وسلمه إليه فهو من ضمان الأجير ؛ لأنه تسليم عوض على وجه التمليك . أشبه البيع .

مسألة : **(وكذلك الظئر)** .

يعني : أنه يجوز استئجارها بطعامها وكسوتها وقد ذكرنا ذلك والخلاف فيه ، وأجمع أهل العمل على جواز استئجار الظئر وهي المرضعة . وهو في كتاب الله . قال الله تعالى : ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق:٦] واسترضع النبي ﷺ لولده إبراهيم .

ولأن الحاجة تدعو إليه فوق دعائها إلى غيره ؛ لأن الطفل في العادة إنما يعيش بالرضاع ، وقد يتعذر رضاعه من أمه ، فجاز ذلك كالإجارة في سائر المنافع ثم ينظر فإن استأجرها للرضاع دون الحضانة أو للحضانة دون الرضاع أو لهما جاز . وإن أطلق العقد على الرضاع فهل تدخل فيه الحضانة؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا تدخل ؛ لأن العقد ما تناولها .

والثاني : تدخل . وهـو قـول أبي حنيفـة وأصحابـه ؛ لأن العرف جـار بـأن المرضعـة تحضـن الصبـي فحمـل الإطـلاق علـى مـا جــرى بـه العـرف والعــادة ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين .

فصل

والحضانـة : تربيـة الصبـي وحفظـه وجعلـه في سـريره وربطـه ودهنـه وكحلـه وتنظيفه وغسل خرقه وأشباه ذلك . واشتقاقه من الحضن وهو : ما تحت الإبط وما يليه . وسميت التربية حضانة ؛ تجوزاً من حضانة الطير لبيضه وفراخـه ؛ لأنـه يجعلهـا تحت جناحيه فسميت تربية الصبي بذلك أخذاً من فعل الطائر .

فصل

ويشترط لهذا العقد أربعة شروط :

أحدها : أن تكون مدة الرضاع معلومـة ؛ لأنـه لا يمكـن تقديـره إلا بهـا فـإن السقي والعمل فيها يختلف .

الثاني : معرفة الصـبي بالمشـاهدة ؛ لأن الرضـاع يختلـف بـاختلاف الصـبي في كبره وصغره ونهمته وقناعته . وقال القاضي : يعرف بالصفة كالراكب .

الثالث : موضع الرضاع ؛ لأنه يختلف فيشق عليهـا في بيتـه ويسـهل عليهـا في بيتها .

الرابع : معرفة العوض وكونه معلوماً كما سبق .

واختلف في المعقود عليه في الرضاع فقيل : هو خدمـة الصبي وحملـه ووضـع الثدي في فيه واللبن تبع كالصبغ في إجارة الصباغ ومـاء البئر في الـدار ؛ لأن اللبن عين من الأعيان فلا يعقد عليه في الإجارة ؛ كلبن غير الآدمي ، وقيـل هـو اللـبن . قال القاضي : هو أشـبه ؛ لأنـه المقصـود دون الخدمـة ، ولهـذا لـو أرضعتـه دون أن تخدمه استحقت الأجرة ولو خدمته دون الرضاع لم تستحق شيئاً .

ولأن الله قال : ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُـنَّ﴾ [الطلاق :٦] ، فجعـل الأجر مرتباً على الإرضاع فيدل على أنه هو المعقود عليه .

ولأن العقد لو كان على الخدمة لما لزمها سقيه لبنها .

وأما كونه عيناً فإنما جاز العقد عليه في الإجارة رخصة ؛ لأن غيره لا يقوم مقامه والضرورة تدعو إلى استيفائه وإنما جاز هذا في الآدميين دون سائر الحيوان للضرورة إلى حفظ الآدمي والحاجة إلى إيفائه .

فصل

وعلى المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدر به لبنها ويصلح به ، وللمكتري مطالبتها بذلك ؛ لأنه من تمام التمكين من الرضاع وفي تركه إضرار بالصبي ، ومتى لم ترضعه وإنما سقته لبن الغنم أو أطعمته فلا أجر لها ؛ لأنها لم توف المعقود عليه . فأشبه ما لو اكتراها لخياطة ثوب فلم تخطه . وإن دفعته إلى خادمتها فأرضعته فكذلك ؛ لأنها لم ترضعه . فأشبه ما لو سقته لبن الغنم . وإن اختلفا فقالت : أرضعته ، فقال المسترضع : لم ترضعيه فالقول قولها ؛ لأنها مؤتمنة .

مسألة : (**ويستحب أن تُعطى عند الفطام عبداً أو أمة كما جاء في**[1] **الخبر إن كان المسترضع موسراً**) .

يعني بالخبر ؛ ما روي عن حجاج بن حجاج رجل من أسلم قال : «قلت يا رسول الله : ما يذهبُ عَني مَذمّةَ الرضاع ؟ قال : غرةُ عبدٍ أو أمة»[2] رواه الخمسة إلا ابن ماجة وصححه الترمذي .

قال ابن الجوزي : المذمة بكسر الذال من الذمام وبفتحها من الذم .

قال ابن عقيل : إنما خص الرقبة بالمجازاة بها دون غيرها ؛ لأن فعلها في إرضاعه وحضانته سبب حياته وبقائه وحفظ رقبته فاستحب جعل الجزاء هبتها

---

(١) زيادة من المغني ٦: ٧٧.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٦٤) ٢: ٢٢٤ كتاب النكاح، باب في الرضخ عند الفصال.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٥٣) ٣: ٤٥٩ كتاب الرضاع، باب ما جاء ما يذهب مذمة الرضاع.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٣٢٩) ٦: ١٠٨ كتاب النكاح، حق الرضاع وحرمته.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٥٣٠٦) طبعة إحياء التراث.

رقبة لتناسب ما بين النعمة والشكر . ولهذا جعل الله المرضعة أماً فقال : ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء :٢٣] .

وقال النبي ﷺ : « لا يجزئ ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيعتقه »[١] .

وإن كانت المرضعة مملوكة استحب إعتاقها ؛ لأنه يحصل أخص الرقاب بها لها وتحصل به المجازاة التي جعلها النبي ﷺ مجازاة للوالد من النسب .

مسألة : **(ومن اكترى دابة إلى موضع فجاوزه فعليه الأجرة المذكورة وأجرة المثل لما جاوز . وإن تلفت فعليه أيضاً قيمتها)** .

هذه المسألة تشتمل على فصلين :

أحدهما : في الأجر الواجب وهو المسمى وأجر المثل للزائد نص عليه أحمد ولا خلاف فيه بين أصحابنا ، ذكر ذلك القاضي .

وروى الأثرم بإسناده عن أبي الزناد أنه ذكر فقهاء المدينة السبعة وقال : ربما اختلفوا في الشيء فأخذنا قول أكثرهم وأفضلهم رأياً فكان الذي وعيت عنهم على هذه الصفة : أن من اكترى دابة إلى بلد ثم جاوز ذلك إلى بلد سواه فإن الدابة إن سلمت في ذلك كله أدى كراءها وكراء ما بعدها ، وإن تلفت في تعديها ضمنها وأدى كراءها الذي تكاراها به ، وهذا قول الشافعي .

ولا تجب قيمتها مع بقاء عينها ؛ لأنه يمكن أخذها . فلم تجب قيمتها ؛ كما لو كانت المسافة قريبة .

الفصل الثاني : في الضمان .

ظاهر كلام الخرقي وجوب قيمتها إذا تلفت به ، سواء تلفت في الزيادة أو بعد ردها إلى المسافة ، وسواء كان صاحبها مع المكتري أو لم يكن ، وهذا ظاهر مذهب الفقهاء السبعة إذا تلفت حال التعدي لما حكينا عنهم .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥١٠) ٢: ١١٤٨ كتاب العتق، باب فضل عتق الولد .
وأخرجه أبو داود في سننه (٥١٣٧) ٤: ٣٣٥ كتاب الأدب، باب في بر الوالدين .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٩٠٦) ٤: ٣١٥ كتاب البر والصلة، باب ما جاء في حق الوالدين .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣٦٥٩) ٢: ١٢٠٧ كتاب الأدب، باب بر الوالدين .

وقال القاضي : إن كان المكتري نزل عنها وسلمها إلى صاحبها ليمسكها أو يسقيها فتلفت فلا ضمان على المكتري وإن هلكت والمكتري راكب عليها أو حمله عليها فعليه ضمانها .

وموضع الخلاف في لزوم كمال القيمة إذا كان صاحبها مع راكبها أو تلفت في يد صاحبها ، وأما إذا تلفت حال التعدي و لم يكن صاحبها مع راكبها فلا خلاف في ضمانها بكمال قيمتها ؛ لأنها تلفت في يد عادية . فوجب ضمانها ؛ كالمغصوبة وكذلك إذا تلفت تحت الراكب أو تحت حمله وصاحبها معها ؛ لأن اليد للراكب وصاحب الحمل بدليل أنهما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها أو له عليها حمل والآخر آخذ بزمامها لكانت للراكب وصاحب الحمل .

ولأن الراكب متعد بالزيادة . وسكوت صاحبها لا يسقط الضمان كمن جلس إلى إنسان فخرق ثيابه وهو ساكت .

ولأنها إن تلفت بسبب تعبها فالضمان على المتعدي ؛ كمن ألقى حجراً في سفينة موقرة فغرقها . وأما إن تلفت في يد صاحبها بعد نزول الراكب عنها فينظر . فإن كان تلفها بسبب تعبها بالحمل والسير فهو كما لو تلفت تحت الحمل والراكب وإن تلفت بسبب آخر من افتراس سبع أو سقوط في هوة ونحوه فلا ضمان فيها ؛ لأنها لم تتلف في يد عادية ولا بسبب عدوان .

ولا يسقط الضمان بردها إلى المسافة ، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي ؛ لأنها يد صارت ضامنة فلا يزول الضمان عنها إلا بإذن جديد و لم يوجد .

مسألة : **(وكذلك إن اكترى لحمولة شيء فزاد عليه)** .

أما من اكترى لحمل شيء فزاد عليه مثل أن يكتريها لحمل قفيزين فحمل ثلاثة فحكمه حكم من اكترى إلى موضع فجاوزه [إلى سواه][1] في وجوب الأجر المسمى وأجر المثل لما زاد ولزوم الضمان إن تلفت ، وبهذا قال الشافعي ، وحكى

---

(١) زيادة من المغني ٦: ٨١.

القاضي أن قول أبي بكر في هذه المسألة وجوب أجر المثل في الجميع أخذه من قوله فيمن استأجر أرضاً ليزرعها شعيراً فزرعها حنطة قال : عليه أجرة المثل للجميع ؛ لأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره . فأشبه ما لو استأجر أرضاً فزرع أخرى . فجمع القاضي بين مسألة الخرقي ومسألة أبي بكر وقال : ينقل قول كل واحد من إحدى المسألتين إلى الأخرى[1] لتساويهما في أن الزيادة لا تتميز فيكون في المسألتين وجهان ، وليس الأمر كذلك فإن بين المسألتين فرقاً ظاهراً فإن الذي حصل التعدي فيه في الحمل متميز عن المعقود عليه وهو القفيز الزائد بخلاف الزرع .

ولأنه في مسألة الحمل استوفى المنفعة المعقود عليها وزاد وفي الزرع لم يزرع ما وقع العقد عليه . ولهذا علله أبو بكر بأنه عدل عن المعقود عليه ، ولا يصح هذا القول في مسألة الحمل فإنه قد حمل المعقود عليه وزاد عليه بل إلحاق هذه المسألة بما إذا اكترى مسافة وزاد عليها أشد وشبهها به أشد .

ولأنه في مسألة الحمل متعد بالزيادة وحدها وفي مسألة الزرع متعد بالزرع كله فأشبه الغاصب .

وأما مسألة الزرع فيما إذا اكترى أرضاً لزرع الشعير فزرع حنطة فقد نص أحمد في رواية عبدالله قال : ينظر ما يدخل على الأرض من النقصان ما بين الحنطة والشعير فيعطى رب الأرض فجعل هذه المسألة كمسألتي الخرقي في إيجاب المسمى وأجر المثل للزائد .

ووجهه : أنه لما عين الشعير لم يتعين ولم يتعلق العقد بعينه كما سبق ذكره ، ولهذا قلنا : له زرع مثله وما هو دونه في الضرر فإذا زرع حنطة فقد استوفى حقه وزيادة . أشبه ما لو اكتراها إلى موضع فجاوزه .

وقال أبو بكر : له أجر المثل وعلله بأنه عدل عن المعقود عليه فإن الحنطة ليست شعيراً وزيادة ، وإن قلنا أنه استوفى المعقود عليه وزيادة غير أن الزيادة

---

(١) في الأصل: الآخر. وما أثبتناه من المغني ٦: ٨١.

ليست متميزة عن المعقود عليه بخلاف مسألتي الخرقي ، ومن نصـر قـول أبـي بكـر قال : هذا متعد بالزرع كله . فكان عليه أجر المثل ؛ كالغاصب ، ولهـذا يملـك رب الأرض منعه من زرعه ويملك أخذه بنفقته إذا زرعه ، ويفـارق مـن زاد علـى حقـه زيادة متميزة فإنه غير متعـد بـالجميع إنمـا تعـدى بالزيـادة وحدهـا ولهـذا لا يملـك المكري منعه من الجميع ، ونظير هاتين المسألتين من اكترى غرفة ليجعل فيها أقفـزة حنطة فترك فيها أكثر منها ، ومن اكتراها ليجعل فيها قنطاراً من القطن فجعل فيهـا قنطاراً من الحديد ففي الأولى له المسمى وأجر الزيادة ، وفي الثانيـة يخـرج فيهـا مـن الخلاف مثل ما قلنا في مسألة الزرع ، وحكم المستأجر الذي يزرع أضر مما اكترى له حكم الغاصب لرب الأرض منعـه في الابتـداء لمـا يلحقـه مـن الضـرر وإن زرع قرب الأرض مخير بين ترك الزرع بالأجر وبين أخذه ودفع النفقة وإن لم يعلم حتـى أخذ المستأجر زرعه فله الأجر لا غير على ما ذكرنا في باب الغصب .

مسألة : (**ولا يجوز أن يكتري لمدة غزاته**) .

وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ؛ لأن هذه إجـارة في مـدة مجهولـة وعمـل مجهول . فلم يجز ؛ كما لو اكتراها لمدة سفره في تجارته .

ولأن مدة الغزاة تطول وتقصر ولا حد لها تعرف به والعمل فيها يقـل ويكـثر ونهاية سفرهم تقرب وتبعد . فلم يجز التقدير بها كغيرها من الأسفار المجهولة . فإن فعل ذلك فله أجر المثل ؛ لأنه عقد على عوض لم يسلم له لفسـاد العقـد . فوجـب أجر المثل ؛ كسائر الإجارات الفاسدة .

مسألة : (**فإن سمى لكل يوم شيئاً معلوماً فجائز**) .

أما من اكترى فرساً مدة غزاته كل يوم بدرهم فالمنصوص عن أحمد صحتـه ؛ «لأن علياً آجر نفسه كل دلو بتمرة»[1] ولم ينكره النبي ﷺ .

ولأن كل يوم معلوم مدته وأجره . فصح ؛ كما لو قال : آجرتكها شهراً كل يوم بدرهم ، أو قال : استأجرتك لنقل هذه الصبرة كل قفيز بدرهـم . ولا بـد مـن

---

(١) سبق تخريجه ص: ١١١.

تعيين ما يستأجر له إما لركوب أو حمل معلوم، ويستحق الأجر المسمى لكل يوم، سواء كانت مقيمة أو سائرة؛ لأن المنافع تلفت في يده. فأشبه ما لو اكترى داراً فأغلقها و لم يسكنها. وإن آجر نفسه لسقي نخل كل دلو بتمرة أو بفلس أو أجر معلوم جاز للأثر الوارد فيه.

ولأن كل عمل معلوم له عوض معلوم. فجاز؛ كما لو سمى دلاء معروفة، ولا بد من معرفة الدلو والبئر وما يستقى به؛ لأن العمل يختلف به.

مسألة: **(ومن اكترى إلى مكة فلم ير الجمال الراكبين والمحامل والأوطئة والأغطية وجميع ما يحتاج إليه لم يجز الكراء)**.

أجمع أهل العلم على إجازة كراء الإبل إلى مكة وغيرها. وقد قال الله: ﴿وَالخَيلُ وَالبِغَالَ وَالحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا﴾ [النحل:٨] ولم يفرق بين المملوكة والمكراة، وروي عن ابن عباس في قوله: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جنَاحٌ أن تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُم﴾ [البقرة:١٩٨] أن تحج وتكري، ونحوه عن ابن عمر.

ولأن بالناس حاجة إلى السفر وقد فرض الله عليهم الحج وأخبر أنهم يأتون رجالاً وعلى كل ضامر يأتين من كل فج عميق. وليس لكل أحد بهيمة يملكها ولا يقدر على معاناتها والقيام بها والسفر عليها فدعت الحاجة إلى استئجارها فجاز دفعاً للحاجة.

إذا ثبت هذا فمن شرط صحة العقد معرفة المتعاقدين ما عقدا عليه؛ لأنه عقد معاوضة محضة فكان من شرطه المعرفة للمعقود عليه كالبيع، فأما الجمال فيحتاج إلى معرفة الراكبين والآلة التي يركبان فيها من محمل ومحارة وغيرها وإن كان مقتباً ذكره. وهل يكون مغطى أو مكشوفاً؟ فإن كان مغطى احتيج إلى معرفة الغطاء، ويحتاج إلى معرفة الوطاء الذي يوطأ به المحمل والمعاليق التي معه من قربة وسطيحة وسفرة ونحوها، وذكر سائر ما يحمل معه؛ لأن هذا يختلف ويتباين كثيراً فاشترطت معرفته كالطعام الذي يحمل معه.

وأما المستأجر فيحتاج إلى معرفة الدابة التي يركب عليها؛ لأن الغرض يختلف بذلك، ويحصل بأحد أمرين: إما بالرؤية فيكتفي بها؛ لأنها أعلى طرق العلم، إلا

أن يكون مما يحتاج إلى معرفة صفة المسمى فيه كالرهوال وغيره فإما أن يجربه فيعلم ذلك برؤيته ، وإما أن يصفه ، فأما الصفة إذا وجدت اكتفى بها ؛ لأنه يمكن ضبطه بالصفة . فجاز العقد عليه ؛ كالبيع ، وإذا استأجر بالصفة للركوب احتاج إلى ذكر الجنس فيقول : إبل أو خيل أو بغال أو حمير ، والنوع فيقول : بختي أو عربي ، وفي الخيل عربي أو برذون ، وفي الحمير مصري [أو شامي][1] ، وذكر القاضي أنه يحتاج إلى معرفة الذكورية والأنوثية ، وهو مذهب الشافعي ؛ لأن الغرض يختلف بذلك فإن الأنثى أسهل والذكر أقوى .

قال صاحب المغني : ويحتمل أنه لا يحتاج إلى معرفة ذلك ؛ لأن التفاوت فيه يسير . ومتى كان الكراء إلى مكة فالصحيح أنه لا يحتاج إلى ذكر الجنس ولا النوع ؛ لأن العادة أن الذي يحمل عليه في طريق مكة إنما هو الجمال العراب دون البخاتي .

مسألة : **(فإن رأى الراكبين أو وُصفا له وذكر الباقي بأرطال معلومة فجائز)** .

أما المعرفة بالوصف تقوم مقام الرؤية في الراكبين إذا وصفهما بما يختلفان به من الطول والقصر والهزال والسمن والصحة والمرض والصغر والكبر والذكورية والأنوثية والباقي يكفي فيه ذكر الوزن . وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب : لا بد من معرفة الراكبين بالرؤية ؛ لأنه يختلف بثقله وخفته وسكونه وحركته ولا ينضبط بالوصف فيجب تعيينه ، وهذا مذهب الشافعي .

ووجه الأول : أنه عقد معاوضة مضاف إلى حيوان . فاكتفى فيه بالصفة ؛ كالبيع ، وكالمركوب في الإجارة .

ولأنه لم يكتف فيه بالصفة لما جاز للراكب أن يقيم غيره مقامه ؛ لأنه إنما يعلم كونه مثله لتساويهما في الصفات فما لا تأتي عليه الصفات لا يعلم التساوي فيه .

---

(١) زيادة من المغني ٦: ٩٣.

ولأن الوصف يكتفي به في البيع. فاكتفى به في الإجارة؛ كالرؤية والتفاوت بعد ذكر الصفات الظاهرة[1] يسير تجري المسامحة فيه كالمسلم فيه.

مسألة: **(وما حدث في السلعة من يد الصانع ضمن)**.

أما الأجراء فعلى ضربين: خاص ومشترك. فالخاص: هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها؛ كرجل استؤجر لخدمة أو عمل في بناء أو خياطة أو رعاية يوماً أو شهراً، سمي خاصاً؛ لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس. والمشترك الذي يقع العقد معه في عمل معين؛ كخياطة ثوب وبناء حائط وحمل شيء إلى مكان معين أو على عمل في مدة لا يستحق جميع نفعه فيها؛ كالكحال والطبيب. سمي مشتركاً؛ لأنه يتقبل أعمالاً لاثنين وثلاثة وأكثر في وقت واحد ويعمل لهم فيشتركون في منفعته واستحقاقها فسمي مشتركاً؛ لاشتراكهم في منفعته، فالأجير المشترك هو الصانع الذي ذكره الخرقي وهو ضامن لما جنت يده فالحائك إذا أفسد حياكته ضامن لما أفسد. نص أحمد على هذا، والقصار ضامن لما يتخرق من دقه أو مده أو عصره أو بسطه، والطباخ ضامن لما أفسد من طبيخه، والخباز ضامن لما أفسد من خبزه والحمال ضامن لما سقط من حمله عن رأسه أو تلف من عثرته، والجمال يضمن ما تلف بقوده وسوقه وانقطاع حبله الذي يشد به حمله، والملاح يضمن ما تلف من يده وجذفه أو ما يعالج به السفينة، روي ذلك عن عمر وعلي، وهو قول أبي حنيفة ومالك وأحد قولي الشافعي؛ لما روى جعفر بن محمد عن أبيه عن علي «أنه كان يُضَمِّنُ الصباغ والصواغ وقال: لا يُصلح الناس إلا ذلك»[2].

وروى الشافعي في مسنده بإسناده عن علي عليه السلام «أنه كان يضمن الأجراء ويقول: لا يُصلح الناس إلا هذا»[3].

---

(١) زيادة من المغني ٦: ١٠٠.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٢٢ كتاب الإجارة، باب ما جاء في تضمين الأجراء.

(٣) أخرجه البيهقي في الموضع السابق.

ولأن عمل الأجير المشترك مضمون عليه فما تولد منه يجب أن يكون مضموناً كالعدوان بقطع عضو بخلاف الأجير الخاص . والدليل على أن عمله مضمون عليه أنه لا يستحق العوض إلا بالعمل .

ولأن الثوب لو تلف في حرزه بعد عمله لم يكن له أجر فيما عمل فيه وكان ذهاب عمله من ضمانه بخلاف الخاص فإنه إذا أمكن المستأجر من استعماله استحق العوض بمضي المدة وإن لم يعمل ، وما عمل فيه من شيء فتلف من حرزه لم يسقط أجره بتلفه .

فصل

ذكر القاضي أن الأجير المشترك إنما يضمن إذا كان يعمل في ملك نفسه مثل الخباز يخبز في تنوره وملكه والقصار والخياط في دكانيهما قال : ولو دعى الرجل خبازاً يخبز له في داره أو خياطاً أو قصاراً ليقصر ويخيط عنده لا ضمان عليه فيما أتلف ما لم يفرط ؛ لأنه سلم نفسه إلى المستأجر فيصير كالأجير الخاص . قال : ولو كان صاحب المتاع مع الملاح في السفينة أو راكباً على الدابة فوق حمله فعطب الحمل لا ضمان على الملاح والمكاري ؛ لأن يد صاحب المتاع لم تزل ، ولو كان رب المتاع والجمال راكبين على الحمل فتلف حمله لم يضمنه الجمال ؛ لأن رب المتاع لم يسلمه إليه ، ومذهب مالك والشافعي نحو من هذا .

وظاهر كلام الخرقي : أنه لا فرق بين كونه في ملك نفسه أو ملك مستأجره أو كان صاحب العمل حاضراً عنده أو غائباً عنه أو كونه مع الملاح أو الجمال أو لا . وكذلك قال ابن عقيل ما تلف بجناية الملاح بجذفه أو بجناية المكاري بشده المتاع ونحوه فهو مضمون عليه ، سواء كان صاحب المتاع معه أو لم يكن ؛ لأن وجوب الضمان عليه لجناية يده فلا فرق بين حضور المالك وغيبته كالعدوان .

ولأن جناية الجمال والملاح إذا كان صاحب المتاع راكباً معه يعم المتاع وصاحبه وتفريطه يعمهما . فلم يسقط ذلك الضمان ؛ كما لو رمى إنساناً متترساً فكسر ترسه وقتله .

ولأن الطبيب والختان إذا جنت يداهما ضمنا مع حضور المتطبب والمختون، وذكر القاضي أنه لو كان حمال يحمل على رأسه ورب المتاع معه فعثر فسقط المتاع فتلف ضمن، وإن سرق لم يضمن؛ لأنه في العثار تلف بجنايته والسرقة ليست من جنايته ورب المال لم يحل بينه وبينه وهذا يقتضي أن تلفه بجنايته مضمون عليه، سواء حضر رب المال أو غاب، بل وجوب الضمان في محل النزاع أولى؛ لأن الفعل في ذلك الموضع مقصود لفاعله والسقطة من الحمال غير مقصودة له. فإذا وجب الضمان هاهنا فثم أولى.

فصل

وأما الأجير الخاص فهو الذي يستأجر مدة فلا ضمان عليه ما لم يتعد. وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه ومالك وظاهر مذهب الشافعي؛ لأن عمله غير مضمون عليه. فلم يضمن ما تلف به؛ كالقصاص وقطع يد السارق.

ولأن الأجير الخاص نائب عن المالك في صرف منافعه إلى ما أمره به. فلم يضمن من غير تعد؛ كالوكيل والمضارب. وأما ما يتلف بتعديه فيجب ضمانه مثل الخباز الذي يسرف في الوقود أو يلزقه قبل وقته أو يتركه بعد وقته حتى يحترق؛ لأنه تلف بتعديه. فضمن كغير الأجير.

مسألة: (**وإن تلفت من حرز فلا ضمان عليه ولا أجرة له فيما عمل فيها**).

اختلفت الرواية عن أحمد في الأجير المشترك إذا تلفت العين من حرزه من غير تعد منه ولا تفريط فروي عنه: لا يضمن، نص عليه في رواية ابن منصور، وهو قول أبي حنيفة وزفر وقول للشافعي.

وعن أحمد: إن كان هلاكه بما يستطاع ضمنه وإن كان غرقاً أو عدواً غالباً فلا ضمان. قال أحمد في رواية أبي طالب: إذا جنت يده أو ضاع من بين متاعه ضمنه وإن كان عدواً أو غرقاً فلا ضمان، وبهذا قال أبو يوسف.

والصحيح الأول، وهذه الرواية تحتمل أنه إنما أوجب عليه الضمان إذا تلف من بين متاعه خاصة؛ لأنه متهم ولهذا قال في الوديعة في راوية مهنا أنها تضمن إذا ذهبت من بين ماله وأما في غير ذلك فلا ضمان عليه؛ لأن تخصيصه التضمين بما إذا تلف من بين متاعه يدل على أنه لا يضمن إذا تلف مع متاعه.

ولأنه إذا لم يكن منه تفريط ولا عدوان. فلا يجب عليه الضمان؛ كما لو تلف بأمر غالب.

إذا ثبت هذا فإنه لا أجر له فيما عمل فيها؛ لأنه لم يسلم عمله إلى المستأجر. فلم يستحق عوضه؛ كالمبيع من الطعام إذا تلف في يد البائع قبل تسليمه.

فصل

إذا أخطأ القصار فدفع الثوب إلى غير مالكه فعليه ضمانه؛ لأنه فوته على مالكه. قال أحمد: يغرم القصار ولا يسع المدفوع إليه لبسه إذا علم أنه ليس ثوبه وعليه رده إلى القصار ويطالبه بثوبه، فإن لم يعلم القابض حتى قطعه ولبسه ثم علم رده مقطوعاً وعليه أرش القطع وله مطالبته بثوبه إن كان موجوداً، وإن هلك عند القصار فهل يضمنه؟ فيه روايتان:

إحداهما: يضمنه؛ لأنه أمسكه بغير إذن صاحبه بعد طلبه. فضمنه؛ كما لو علم.

والثانية: لا يضمنه؛ لأنه لم يمكنه رده. أشبه ما لو عجز عن دفعه لمرض.

مسألة: (**ولا ضمان على حجام ولا ختان ولا متطبب إذا عرف منهم حذق الصنعة**[1] **ولم تجن أيديهم**).

أما هؤلاء إذا فعلوا ما أمروا به لم يضمنوا بشرطين:

أحدهما: أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم ولهم بها بصارة ومعرفة؛ لأنه إذا لم يكن كذلك لم يحل له مباشرة القطع وإذا قطع من غير معرفة كان فعلاً محرماً فيضمن سرايته كالقطع ابتداء.

(١) زيادة من المغني ٦: ١٢٠.

الثاني : أن لا تجني أيديهم فيتجاوزوا ما ينبغي أن يقطع ، فإذا وجد هذان الشرطان لم يضمنوا ؛ لأنهم قطعوا قطعاً مأذوناً فيه . فلم يضمنوا سرايته كقطع الإمام يد السارق أو فعل فعلاً مباحاً مأذوناً في فعله . أشبه ما ذكرنا ، فأما إن كان حاذقاً وجنت يده مثل إن تجاوز قطع الختان إلى الحشفة أو إلى بعضها أو يقطع في غير محل القطع أو يقطع الطبيب سلعة من إنسان فيتجاوزها أو يقطع بآلة كالة يكثر ألمها أو في وقت لا يصلح القطع فيه وأشباه هذا ضمن فيه كله ؛ لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ فأشبه إتلاف المال .

ولأن هذا فعل محرم فيضمن سرايته كالقطع ابتداء وكذلك الحكم في النزاع والقاطع في القصاص وقاطع يد السارق ، وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ولا أعلم فيه خلافاً عن غيرهم .

مسألة : (**ولا ضمان على الراعي إذا لم يتعد**) .

لا خلاف في صحة استئجار الراعي . وقد دل عليه قوله تعالى مخبراً عن شعيب أنه قال : ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ [القصص:٢٧] وقد علم أن موسى إنما آجر نفسه لرعاية الغنم .

إذا ثبت هذا فإنه لا ضمان على الراعي فيما تلف من الماشية ما لم يتعد ، وهذا مذهب الأئمة الأربعة ؛ لأنه مؤتمن على حفظها . فلم يضمن من غير تعد ؛ كالمودع .

ولأنها عين قبضها بحكم الإجارة . فلم يضمنها من غير تعد ؛ كالعين المستأجرة .

وأما ما تلف بتعديه فيضمنه بغير خلاف مثل أن ينام عن السائمة أو يغفل عنها أو يتركها تتباعد منه أو تغيب عن نظره وحفظه ، أو يضربها ضرباً يسرف فيه أو في غير موضع الضرب أو من غير حاجة إليه ، أو يسلك بها موضعاً تتعرض فيه للتلف وأشباه هذا مما يعد تفريطاً وتعدياً فتتلف به فعليه ضمانها ؛ لأنها تلفت بعدوانه . فضمنها ؛ كالمودع إذا تعدى وإن اختلفا في التعدي وعدمه فالقول قول الراعي ؛ لأنه أمين ، وإن فعل فعلاً اختلفا في كونه تعدياً رُجع إلى أهل الخبرة .

ولو جاء بجلد شاة وقال: ماتت قبل قوله. ولم يضمن، وعن أحمد: أنه يضمن ولا يقبل قوله. والصحيح الأول؛ لأن الأمناء تقبل أقوالهم كالمودع.

ولأنه تتعذر عليه إقامة البينة في الغالب أشبه المودع. وكذلك لو ادعى موتها من غير أن يأتي بجلدها.

فصل

ولا يصح العقد في الرعي إلا على مدة معلومة؛ لأن العمل لا ينحصر ويجوز العقد على رعي ماشية معينة وعلى جنس في الذمة فإن عقد على معينة فذكر أصحابنا: أنه يتعلق بأعيانها؛ كما لو استأجره[1] لخياطة ثوب بعينه فلا يجوز إبدالها ويبطل العقد بتلفها وإن تلف بعضها انفسخ عقد الإجارة فيه وله أجر ما بقي منها بالحصة وإن ولدت سخالاً لم يكن عليه رعيها؛ لأنها زيادة لم يتناولها العقد.

قال صاحب المغني: ويحتمل أن لا يتعلق بأعيانها؛ لأنها ليست المعقود عليها وإنما تستوفى المنفعة بها. فأشبه ما لو استأجر ظهراً ليركبه جاز أن يركب غيرها مكانه، ولو استأجر داراً ليسكنها جاز أن يسكنها مثله، ولو استأجر أرضاً ليزرعها حنطة جاز أن يزرعها ما هو مثلها في الضرر أو أدنى منها وإنما المعقود عليه منفعة الراعي ولهذا تجب له الأجرة إذا سلم نفسه وإن لم يرع، ويفارق الثوب في الخياطة؛ لأن الثياب في مظنة الاختلاف في سهولة خياطتها ومشقتها بخلاف الرعي.

فعلى هذا للمستأجر إبدالها بمثلها، وإن تلف بعضها لم ينفسخ العقد فيه وكان له إبداله وإن وقع العقد على موصوف في الذمة فلا بد من ذكر جنس الحيوان ونوعه إبلاً أو بقراً أو غنماً أو ضأناً أو معزاً، وإن أطلق ذكر البقر والإبل لم يتناول الجواميس والبخاتي؛ لأن إطلاق الاسم لا يتناولها عرفاً وإن وقع العقد في مكان يتناولها إطلاق الاسم احتاج إلى ذكر نوع ما يرعاه منها كالغنم؛ لأن

(١) في الأصل: استأجر. وما أثبتناه من المغني ٦: ١٢٧.

كل نوع له أثر في إتعاب الراعي ، ويذكر الكبر والصغر فيقول : كبار وسخال أو عجاجيل وفصلان ، إلا أن تكون ثم قرينة أو عرف صارف إلى بعضها فيغني عن الذكر ، وإذا عقد على عدد موصوف كالمائة لم يجب عليه رعي زيادة عليها لا من سخالها ولا من غيرها ، وإن أطلق العقد و لم يذكر عدداً لم يجز ، هذا ظاهر مذهب الشافعي .

وقال القاضي : يصح ويحمل على ما جرت به العادة ؛ كالمائة من الغنم ونحوها .

والأول أصح ؛ لأن العادة في ذلك تختلف وتتباين كثيراً والعمل يختلف باختلافه . وا لله أعلم .

كتاب إحياء الموات

المَوات: هو الأرض الخراب الدارسة، تسمى ميتة ومواتاً ومَوَتاناً بفتح الميم والواو، والمُوْتان بضم الميم وسكون الواو: الموت الذريع، ورجل مَوْتان القلب بفتح الميم وسكون الواو يعني: عمي القلب لا يفهم.

والأصل في إحياء الأرض؛ ما روى جابر أن النبي ﷺ قال: «من أحيى أرضاً ميتةً فهيَ له»[1] رواه أحمد والترمذي وصححه.

وعن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «من عَمَرَ أرضاً ليستْ لأحدٍ فهو أحقُّ بها»[2] رواه أحمد والبخاري.

قال ابن عبد البر: هو مسند صحيح متلقى بالقبول عند فقهاء المدينة وغيرهم. وعامة فقهاء الأمصار على أن الموات يملك بالإحياء وإن اختلفوا في شروطه.

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (**ومن أحيا أرضاً لم تملك فهي له**).

الموات قسمان:

أحدهما: ما لم يجر عليه ملك لأحد ولم يوجد فيه أثر عمارة، فهذا يملك بالإحياء بغير خلاف بين العلماء القائلين بالإحياء. والأخبار التي رويناها متناولة له.

القسم الثاني: ما جرى عليه ملك مالك، وهو ثلاثة أنواع:

أحدها: ما له مالك معين وهو ضربان:

أحدهما: ما مُلك بشراء أو عطية. فهذا لا يملك بالإحياء بغير خلاف.

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٣٧٩) ٣: ٦٦٣ كتاب الأحكام، باب ما ذكر في إحياء الأرض الموات.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٤٢٢٦) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢١٠) ٢: ٨٢٣ كتاب المزارعة، باب من أحيا أرضاً مواتاً.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٤٣٦٢) طبعة إحياء التراث.

قال ابن عبد البر : أجمع العلماء على أن ما عرف بملك مالك غير منقطع : أنه لا يجوز إحياؤه لأحد غير أربابه .

الثاني : ما مُلك بالإحياء ثم ترك حتى دَثر وعاد مواتاً فهو كالذي قبله ؛ لأن هذه الأرض يعرف مالكها . فلم تملك بالإحياء كالتي ملكت بشراء أو عطية .

ولأن سائر الأموال لا يزول الملك عنها بالترك بدليل سائر الأملاك إذا تركت حتى شعثت .

النوع الثاني : ما يوجد فيه آثار ملك قديم[1] جاهلي ؛ كآثار الروم ومساكن ثمود ونحوها . فهذه تملك بالإحياء ؛ لأن ذلك الملك لا حرمة له . وقد روى طاووس عن النبي عليه السلام أنه قال : «عادي الأرض لله ولرسوله ثم هو بعد لكم»[2] رواه سعيد بن منصور في سننه ، وأبو عبيد في الأموال وقال : «عادي الأرض التي كان بها ساكن في آباد الدهر ، فانقرضوا ولم يبق منهم أنيس»[3] وإنما نسبها إلى عاد ؛ لأنهم كانوا مع تقدمهم ذوي قوة وبطش وآثار كثيرة فنسب كل أثر قديم إليهم .

قال صاحب المغني : ويحتمل أن كل ما فيه أثر الملك ولم يعلم زواله قبل الإسلام : أنه لا يملك ؛ لأنه يحتمل أن المسلمين أخذوه عامراً فاستحقوه فصار موقوفاً بوقف عمر . فلم يملك ؛ كما لو علم مالكه .

النوع الثالث : ما جرى عليه الملك في الإسلام لمسلم أو ذمي غير معين فظاهر كلام الخرقي : أنها لا تملك بالإحياء وهو إحدى الروايتين عن أحمد ؛ لما روى كثير بن عبد الله بن عوف عن أبيه عن جده قال : سمعت النبي ﷺ يقول : «من أحيا أرضاً مواتاً في غير حق مسلم فهي له»[4] . فقيده بكونه في غير حق مسلم .

---

(١) في الأصل: قديمة. وما أثبتناه من المغني ٦: ١٤٨.

(٢) أخرجه أبو عبيد في الأموال (٦٧٦) ص: ٢٥٣ كتاب أحكام الأرضين في إقطاعها، باب الإقطاع.

(٣) أخرجه أبو عبيد في الأموال (٦٩٢) ص: ٢٥٧ الموضع السابق.

(٤) ذكره البخاري في صحيحه ٢: ٨٢٣ كتاب المزارعة، باب من أحيا أرضاً مواتاً.

ولأن هذه الأرض لها مالك. فلم يجز إحياؤها ؛ كما لو كان معيناً فإن مالكها إن كان له ورثة فهي لهم ، وإن لم يكن له ورثة ورثها المسلمون .

والرواية الثانية : أنها تملك بالإحياء ، وهي مذهب أبي حنيفة ومالك ؛ لعموم الأخبار .

ولأنها أرض موات لا حق فيها لقوم بأعيانهم . أشبه ما لم يجر عليه ملك مالك .

[ولأنها إن كانت في دار الإسلام فهي كلقطة دار الإسلام][1] ، وإن كانت في دار الكفر فهي كالركاز .

ولا فرق فيما ذكرنا بين دار الحرب ودار الإسلام ؛ لعموم الأخبار .

ولأن عامر دار الحرب إنما يملك بالقهر والغلبة كسائر أموالهم وأما ما عرف أنه كان مملوكاً ولم يعلم له مالك معين فهو على الروايتين .

فإن قيل : فهذا ملك كافر غير محترم فأشبه ديار عاد . وقد دل عليه قوله عليه السلام : «عادي الأرض لله ولرسوله»[2] .

ولأن الركاز من أموالهم ويملكه واجده فهذا أولى .

قلنا : قوله : «عادي الأرض» يعني : ما تقدم ملكه ومضت عليه الأزمان وما كان كذلك فلا حكم لمالكه . وأما ما قرب ملكه فيحتمل أن له مالكاً باقياً وإن لم يتعين فلهذا قلنا : لا يملك على إحدى الروايتين .

وأما الركاز فإنه ينقل ويحول وهذا يخالف الأرض بدليل أن[3] لقطة دار الإسلام تملك بعد التعريف بخلاف الأرض .

مسألة : (**إلا أن تكون أرض ملح أو مما للمسلمين فيه المنفعة فلا يجوز أن ينفرد بها الإنسان**) .

⇨

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٤٧ كتاب إحياء الموات، باب ما يكون إحياء وما يرجى فيه من الأجر.

(١) زيادة من المغني ٦: ١٤٩.

(٢) سبق تخريجه قريباً.

(٣) زيادة من المغني ٦: ١٥٠.

أما المعادن الظاهرة وهي التي يوصل إلى ما فيها من غير مؤونة ينتابها الناس وينتفعون بها ؛ كالملح والماء والكبريت والقار والمومياء والنفط والكحل والبرام والياقوت ومقاطع[1] الطين وأشباه ذلك لا تملك بالإحياء ولا يجوز إقطاعه لأحد من الناس ولا احتجازه دون المسلمين ؛ لأن فيه ضرراً بالمسلمين وتضييقاً عليهم .

ولأن هذا تتعلق به مصالح المسلمين العامة . فلم يجز إحياؤه ولا إقطاعه ؛ كمشارع الماء وطرقات المسلمين .

قال ابن عقيل : هذا من مواد الله الكريم وفيض جوده الذي لا غنى عنه . فلو ملكه أحد بالاحتجاز ملك منعه فضاق على الناس فإن أخذ العوض عنه أغلاه فخرج عن الموضع الذي وضعه الله به من تعميم ذوي الحوائج من غير كلفة . وهذا مذهب الشافعي ، ولا نعلم فيه مخالفاً .

فصل

وأما المعادن الباطنة وهي التي لا يوصل إليها إلا بالعمل والمؤونة ؛ كمعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبلور والفيروزج فإذا كانت ظاهرة لم تملك أيضاً بالإحياء ؛ لما ذكرنا في التي قبلها ، وإن لم تكن ظاهرة فحفرها إنسان وأظهرها لم يملكها بذلك في ظاهر المذهب ، وظاهر مذهب الشافعي ، ويحتمل أن يملكها بذلك وهو قول للشافعي ؛ لأنه موات لا ينتفع به إلا بالعمل والمؤونة فملك بالإحياء كالأرض .

ولأنه بإظهارة تهيأ للانتفاع به من غير حاجة إلى تكرار ذلك العمل فأشبه الأرض إذا جاءها بماء أو حاطها .

والأول المذهب ؛ لأن الإحياء الذي يملك به هو العمارة التي يتهيأ بها المحيي للانتفاع من غير تكرار عمل وهذا حفر وتخريب يحتاج إلى تكراره عند كل انتفاع .

---

(١) في الأصل: ومقالع . وما أثبتناه من المغني ٦: ١٥٦.

فصل

ومن أحيا أرضاً فملكها بذلك فظهر فيها معدن ملكه، ظاهراً كان أو باطناً إذا كان من المعادن الجامدة؛ لأنه ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها وهذا منها. ويفارق الكنز فإنه مودع فيها وليس من أجزائها. ويفارق ما إذا كان ظاهراً قبل إحيائها؛ لأنه قطع عن المسلمين نفعاً كان واصلاً إليهم ومنعهم انتفاعاً كان لهم وهاهنا لم يقطع عنهم شيئاً؛ لأنه إنما ظهر بإظهاره له، ولو تحجر الأرض أو أقطعها[1] فظهر فيها المعدن قبل إحيائها لكان له إحياؤها، ويملكها بما فيها؛ لأنه صار أحق به بتحجره وإقطاعه فلم يمنع من إتمام حقه.

وأما المعادن الجارية؛ كالقار والنفط والماء فهل يملكها؟ على روايتين:

أصحهما: تملك كالجامدة وتبعاً للأرض.

والأخرى: لا تملك ويكون صاحب الأرض أحق به من غيره.

مسألة: (**وإحياء الأرض أن يحوط عليها حائطاً**).

ظاهر كلام الخرقي: أن تحويط الأرض إحياء لها، سواء أرادها للبناء أو للزرع أو حظيرة للغنم أو لخشب أو غير ذلك وقد نص عليه أحمد فقال: الإحياء أن يحوط عليها حائطاً أو يحفر فيها بئراً أو نهراً، ولا يعتبر مع ذلك تسقيف، وذلك لما روى الحسن عن سمرة أن رسول الله ﷺ قال: «من أحاط حائطاً على أرض فهي له»[2] رواه أحمد وأبو داود.

ولأن الحائط حاجز منيع فكان إحياء. أشبه ما لو جعلها للغنم حظيرة، ويحقق هذا أن القصد لا اعتبار به. بدليل ما لو أرادها حظيرة للغنم فبناها بجص وآجر وقسمها بيوتاً فإنه يملكها وهذا لا يصنع للغنم مثله، ولا بد أن يكون الحائط منيعاً يمنع ما وراءه ويكون مما جرت العادة بمثله ويختلف باختلاف البلدان. فلو كان مما جرت عادتهم بالحجارة وحدها؛ كأهل حوران وفلسطين، أو بالطين؛

---

(١) في الأصل: قطعها. وما أثبتناه من المغني ٦: ١٥٨.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٧٧) ٣: ١٧٩ كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في إحياء الموات.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٠٢٣٨) ٥: ٢١.

كالقطائر لأهل غوطة دمشق ، أو بالخشب أو بالقصب ؛ كأهل الغور كان ذلك إحياء ، وإن بناه بأرفع مما جرت عادته به كان أولى .

وقال القاضي : في صفة الإحياء روايتان :

إحداهما : ما ذكرنا .

والثانية : الإحياء ما تعارفه الناس إحياء ؛ لأن الشرع ورد بتعليق الملك على الإحياء و لم يبينه ولا ذكر كيفيته فيجب الرجوع فيه إلى ما كان إحياء في العرف كما أنه لما ورد باعتبار القبض والحرز و لم يبين كيفيته كان المرجع فيه إلى العرف .

ولأن الشارع لو علق الحكم على مسمى باسم لتعلق بمسماه عند أهل اللسان فكذلك يتعلق الحكم بالمسمى إحياء عند أهل العرف .

ولأن النبي ﷺ لا يعلق حكماً على ما ليس إلى معرفته طريق فلما لم يبينه تعين العرف طريقاً لمعرفته ، إذ ليس له طريق سواه .

إذا ثبت هذا ، فإن الأرض تحيي داراً للسكنى وحظيرة ومزرعة ، فإحياء كل واحدة من[1] ذلك بتهيئتها للانتفاع الذي أريدت له . فأما الدار فبأن تبنى حيطانها بما جرت به العادة وتسقيفها ؛ لأنها لا تكون للسكنى إلا بذلك .

وأما الحظيرة فإحياؤها بحائط جرت به عادة مثلها وليس من شرطها التسقيف ؛ لأن العادة ذلك من غير تسقيف ، وسواء أرادها حظيرة للماشية أو للخشب ، ولو خندق عليها خندقاً لم يكن إحياء ؛ لأنه ليس بحائط ولا عمارة إنما هو حفر وتخريب ، وإن حاطها بشوك وشبهه لم يكن إحياء وكان تحجراً ؛ لأن المسافر قد ينزل منزلاً ويحوط على رحله بنحو من ذلك ، ولو نزل منزلاً فنصب به بيت شعر أو خيمة لم يكن إحياء ، وإن أرادها للزراعة فبأن يهيئها لإمكان الزرع فيها ، فإن كانت لا تزرع إلا بالماء فبأن يجري إليها ماء من نهر أو بئر .

(١) زيادة من المغني ٦: ١٧٩.

ولا يعتبر في إحياء الأرض حرثها ولا زرعها ؛ لأن ذلك مما يتكرر كلما أراد الانتفاع بها . فلم يعتبر في الإحياء ؛ كسقيها ، وكالسكنى في البيوت ، ولا يحصل الإحياء بذلك إذا فعله بمجرده لما ذكرنا .

مسألة : **(أو يحفر بئراً فيكون له خمس وعشرون ذراعاً حواليها وإن سبق إلى بئر عادية فحريمها خمسون ذراعاً)** .

البئر العادية بتشديد الياء القديمة منسوبة إلى عاد ولم يرد عاداً بعينها ، لكن لما كانت عاد في الزمن الأول وكانت لهم آثار في الأرض نسب إليها كل قديم فكل من حفر بئراً في موات للتمليك فله حريمها خمس وعشرون ذراعاً من كل جانب ، ومن سبق إلى بئر عادية فهو أحق بها ؛ لقول النبي ﷺ : «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له»[1] . وله حريمها خمسون ذراعاً من كل جانب . نص أحمد على هذا ، واختاره أصحابنا .

وقال القاضي وأبو الخطاب : ليس هذا على طريق التحديد ، بل حريمها على الحقيقة ما يحتاج إليه في ترقية مائها منها فإن كان بدولاب فقدر مد الثور أو غيره ، وإن كان بساقية فبقدر طول البئر ؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال : «حَرِيمُ البئر مَدُّ رِشَائِها»[2] أخرجه ابن ماجة .

ولأنه المكان الذي تمشي إليه البهيمة .

وإن كان يستقي منها بيده فبقدر ما يحتاج إليه الواقف عندها . وإن كان المستخرج عيناً فحريمها القدر الذي يحتاج إليه صاحبها للانتفاع بها ولا يستضر بأخذه منها[3] ولو على ألف ذراع . وحريم البئر من جانبيه ما يحتاج إليه لطرح كرايته بحكم العرف في ذلك ؛ لأن هذا إنما يثبت للحاجة فينبغي أن تراعى فيه الحاجة دون غيرها .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٧١) ٣: ١٧٧ كتاب الخراج، باب في إقطاع الأرضين.
(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٨٧) ٢: ٨٣١ كتاب الرهون، باب حريم البئر.
(٣) في الأصل: منه. وما أثبتناه من المغني ٦: ١٨١.

والأصل فيه ما روى الدارقطني والخلال بإسنادهما عن النبي ﷺ أنه قال: «حريمُ البئر البَدِئ خمس وعشرون ذراعاً، وحريمُ البئر العاديِّ خمسون ذراعاً»[(1)] وهذا نص.

ولأنه معنى يملك به الموات فلا يقف على قدر الحاجة كالحائط.

ولأن الحاجة إلى البئر لا تنحصر في ترقية الماء فإنه يحتاج إلى ما حولها عطناً لإبله وموقفاً لدوابه وغنمه وموضعاً يجعل فيه أحواضاً يسقى منها ماشيته، وموقفاً لدابته التي يستقي الماء عليها وأشباه ذلك فلا يختص الحريم بما يحتاج إليه لترقية الماء.

إذا ثبت هذا فظاهر كلام الخرقي أن هذا الحريم مملوك لصاحب البئر، وقال القاضي: ليس بمملوك.

فصل

ولا بد أن يكون البئر فيها ماء، وإن لم يصل إلى الماء، فهو كالمتحجر الشارع في الإحياء، ويجب أن يحمل قوله في البئر العادية على البئر التي انطمت وذهب ماؤها فجدد حفرها وعمارتها أو انقطع ماؤها فاستخرجه ليكون ذلك إحياء لها، وأما البئر التي لها ماء ينتفع بها المسلمون فليس لأحد احتجاره ولا منعه؛ لأنه يكون بمنزلة المعادن الظاهرة التي يرتفق بها الناس وهكذا العيون النابعة ليس لأحد أن يختص بها.

مسألة: **(وسواء في ذلك ما أحياه أو سبق إليه بإذن الإمام أو غير إذنه)**.

ومعناه: أن إحياء الموات لا يفتقر إلى إذن الإمام، وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد؛ لعموم قوله عليه السلام: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»[(2)].

ولأن هذه عين مباحة. فلا يفتقر تملكها إلى إذن الإمام؛ كأخذ الحشيش والحطب.

---

(1) أخرجه الدارقطني في سننه (٦٣) ٤: ٢٢٠ كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك، في المرأة تقتل إذا ارتدت، من حديث أبي هريرة. قال الدارقطني: الصحيح من الحديث أنه مرسل عن ابن المسيب، ومن أسنده فقد وهم.

(2) سبق تخريجه ص: ١٣٩.

فصل

وأما ما سبق إليه فهو الموات إذا سبق إليه فتحجره كان أحق به وإن سبق إلى بئر عادية فشرع فيها يعمرها كان أحق بها، ومن سبق إلى مقاعد الأسواق والطرقات ومشارع المياه والمعادن الظاهرة والباطنة وكل مباح مثل الحشيش والثمار المأخوذة من الجبال وما ينبذه الناس رغبة عنه أو يضيع منهم مما لا تتبعه النفس وما يسقط من الثلج وسائر المباحات من سبق إلى شيء من هذا فهو أحق به ولا يحتاج إلى إذن الإمام ولا إذن غيره؛ لقوله عليه السلام: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم[1] فهو أحق به»[2]. والله أعلم.

---

(١) زيادة من المغني ٦: ١٨٤.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٤٥.

كتاب الوقوف والعطايا

الوقوف : جمع وقف ، يقال منه : وقفت وقفاً ، ولا يقال : أوقفت إلا في لغة شاذة ، ويقال : حبست وأحبست ، وبه جاء الحديث : « إن شئت حبست أصلها وإن شئت تصدقت بها »[1] .

والعطايا : جمع عطية مثل خلية وخلايا ، وبلية وبلايا .

والوقف مستحب ، ومعناه تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة .

والأصل في ذلك ؛ ما روي عن ابن عمر : « أن عمر أصاب أرضاً من أرض خيبر فقال : يا رسول الله ! أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالاً قط أنفس عندي منه فما تأمرني؟ فقال : إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها -فتصدق بها عمر- على أن لا تباع ولا توهب ولا تورث في الفقراء وذوي القربى والرقاب والضيف وابن السبيل ، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول -وفي لفظ : غير متأثل- مالاً »[2] رواه الجماعة .

وعن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة أشياء : صدقة جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له »[3] رواه الجماعة إلا البخاري وابن ماجة .

---

(١) سيأتي تخريجه في الحديث الآتي.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٨٦) ٢: ٩٨٢ كتاب الشروط، باب الشروط في الوقف.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٣٢) ٣: ١٢٥٥ كتاب الوصية، باب الوقف.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٨٧٨) ٣: ١١٦ كتاب الوصايا، باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٧٥) ٣: ٦٥٩ كتاب الأحكام، باب في الوقف.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٥٩٩) ٦: ٢٣٠ كتاب الأحباس، الأحباس.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٩٦) ٢: ٨٠١ كتاب الصدقات، باب من وقف.
وأخرجه أحمد في مسنده (٥١٥٧) طبعة إحياء التراث.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٣١) ٣: ١٢٥٥ كتاب الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٨٨٠) ٣: ١١٧ كتاب الوصايا، باب ما جاء في الصدقة عن الميت.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٧٦) ٣: ٦٦٠ كتاب الأحكام، باب في الوقف.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٦٥١) ٦: ٢٥١ كتاب الوصايا، فضل الصدقة عن الميت.

⇦

وأكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم على القول بصحة الوقف .

قال جابر : لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ ذو مقدرة إلا وقف .

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : **(ومن وقف في صحة من عقله وبدنه على قوم وأولادهم وعقبهم ثم آخره للمساكين فقد زال ملكه عنه)** .

هذه المسألة تشتمل على فصول :

الأول : أن الوقف إذا صح زال به ملك الواقف عنه في الصحيح من المذهب ، وهو المشهور من مذهب الشافعي ومذهب أبي حنيفة ، وعن أحمد لا يزول ملكه ، وهو قول مالك ؛ لقوله عليه السلام : « حبِّس الأصل وسبِّل الثمرة »[1] .

والأول أصح ؛ لأنه سبب يزيل التصرف في الرقبة والمنفعة . فأزال الملك ؛ كالعتق .

ولأنه لو كان ملكه لرجعت إليه قيمته كالملك المطلق .

وأما الخبر فالمراد به : أن يكون محبوساً لا يباع ولا يوهب ولا يورث .

وفائدة الخلاف : أنا إذا حكمنا ببقاء ملكه لزمته مراعاته والخصوملا فيه .

قال صاحب المغني : ويحتمل أن يلزمه أرش جنايته كما يفدي أم الولد سيدها لما تعذر تسليمها بخلاف غير المالك .

الفصل الثاني : أن ظاهر هذا الكلام أنه يزول الملك ويلزم الوقف بمجرد اللفظ به ؛ لأن الوقف يحصل به .

وعن أحمد : لا يلزم إلا بالقبض وإخراج الواقف له عن يده ، وقال : الوقف المعروف : أن يخرجه من يده إلى غيره ويوكل فيه من يقوم به ، اختاره ابن أبي موسى ، وهو قول محمد بن الحسن ؛ لأنه تبرع بمال لم يخرجه عن المالية . فلم يلزم بمجرده ؛ كالهبة والوصية .

⇨

وأخرجه أحمد في مسنده (٨٦٢٧) طبعة إحياء التراث.

(١) أخرجه النسائي في سننه (٣٦٠٣) ٦: ٢٣٢ كتاب الأحباس. باب حبس المشاع.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٩٧) ٢: ٨٠١ كتاب الصدقات. باب من وقف.

والمذهب الأول ؛ لما رويناه من حديث عمر .

ولأنه تبرع يمنع البيع والهبة والميراث . فلزم بمجرده ؛ كالعتق . ويفارق الهبة فإنها تمليك مطلق والوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة فهو بالعتق أشبه فإلحاقه به أولى .

الفصل الثالث : أنه لا يفتقر إلى القبول من الموقوف عليه ، ذكره القاضي ، وهو ظاهر كلام الخرقي .

وقال أبو الخطاب : إن كان الوقف على غير معين ؛ كالمساكين أو من لا يتصور منه القبول ؛ كالمساجد والقناطر لم يفتقر إلى قبول ، وإن كان على آدمي معين ففي اشتراط القبول وجهان :

أحدهما : اشتراطه ؛ لأنه تبرع لآدمي معين . فكان من شرطه القبول ؛ كالهبة والوصية . يحققه : أن الوصية إذا كانت لآدمي معين وقفت على قبوله وإذا كانت على غير معين أو المسجد أو نحوه لم تفتقر إلى قبول كذا هاهنا .

والوجه الثاني : لا يشترط القبول ؛ لأنه أحد نوعي الوقف . فلم يشترط له القبول ؛ كالنوع الآخر .

ولأنه إزالة ملك على وجه القربة يمنع البيع والهبة والميراث . فلم يفتقر إلى القبول ؛ كالعتق . وبهذا فارق الهبة والوصية ، والفرق بينه وبين الهبة والوصية : أن الوقف لا يختص المعين بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل فيكون الوقف على جميعهم ، إلا أنه مرتب فصار بمنزلة الوقف على الفقراء الذي لا يبطل برد واحد منهم ولا يقف على قبوله ، والوصية للمعين بخلافه . وهذا مذهب الشافعي . فإذا قلنا : لا يفتقر إلى القبول لم يبطل برده وكان رده وقبوله وعدمهما واحداً كالعتق ، وإن قلنا يفتقر إلى القبول فرده من وقف عليه بطل في حقه وصار كالوقف المنقطع الابتداء ويخرج في صحته في حق من سواه وبطلانه وجهان ، بناء على تفريق الصفقة . فإن قلنا بصحته هل ينتقل في الحال إلى من بعده أو يصرف في الحال إلى مصرف الوقف المنقطع إلى أن يموت الذي رده ثم ينتقل إلى من بعده ؟ على وجهين . وسنذكر ذلك في الوقف المنقطع الابتداء إن شاء الله تعالى .

فصل

وينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف عليه في ظاهر المذهب .

وعن أحمد : لا يملك فإن جماعة نقلوا عنه فيمن وقف على ورثته في مرضه يجوز ؛ لأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكاً للورثة وإنما ينتفعون بغلتها ، وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكون ، ويحتمل أن يريد بقوله : لا يملكون أي : لا يملكون التصرف في الرقبة فإن فائدة الملك وآثاره ثابتة في الوقف . وعن الشافعي من الاختلاف نحو ما حكينا .

ووجه الأول وهو أصح ؛ أنه سبب يزيل ملك الواقف وُجد إلى من يصح تمليكه على وجه لم يخرج المال عن ماليته . فوجب أن ينتقل الملك إليه ؛ كالهبة والبيع .

ولأنه لو كان تمليك المنفعة المجردة لم يلزم ؛ كالعارية والسكنى و لم يزل ملك الواقف عنه ؛ كالعارية . وفارق العتق فإنه أخرجه عن المالية ، وامتناع التصرف في الرقبة لا يمنع الملك ؛ كأم ولد .

فصل

وألفاظ الوقف ستة ، ثلاثة صريحة ، وثلاثة كناية . فالصريحة : وقفت وحبست وسبلت . متى أتى بواحدة من هذه الثلاث صار وقفاً من غير انضمام أمر زائد ؛ لأن هذه الألفاظ ثبت لها عرف الاستعمال بين الناس وانضم إلى ذلك عرف الشرع بقوله عليه السلام لعمر : «إن شئت حبّست أصلها وسبّلت ثمرتها»[1] فصارت هذه الألفاظ في الوقف كلفظ التطليق في الطلاق .

وأما الكنايات فهي : تصدقت وحرمت وأبدت فليست صريحة ؛ لأن لفظة الصدقة والتحريم مشتركة فإن الصدقة تستعمل في الزكاة والهبات ، والتحريم يستعمل في الظهار والأيمان ويكون تحريماً على نفسه وعلى غيره والتأبيد يحتمل تأبيد التحريم وتأبيد الوقف و لم يثبت لهذه الألفاظ عرف الاستعمال فلا يحصل

(١) سبق تخريجه ص: ١٤٨.

الوقف بمجردها ككنايات الطلاق فيه فإن انضم إليها أحد ثلاثة أشياء حصل الوقف بها :

أحدها : أن ينضم إليها لفظة أخرى تخلصها من الألفاظ الخمسة ، فيقول : صدقة موقوفة أو محبسة أو مسبلة أو محرمة أو مؤبدة ، أو يقول : هذه محرمة موقوفة أو محبسة أو مسبلة أو مؤبدة .

الثاني : أن يصفها بصفات الوقف ، فيقول : صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث ؛ لأن هذه القرينة تزيل الاشتراك .

الثالث : أن ينوي الوقف فيكون على ما نوى ، إلا أن النية تجعله وقفاً في الباطن دون الظاهر لعدم الاطلاع على ما في الضمائر ، فإن اعترف بما نواه لزم الحكم لظهوره ، وإن قال : ما أردت الوقف فالقول قوله ؛ لأنه أعلم بما نوى .

مسألة : (**ولا يجوز أن يرجع إليه شيء من منافعه**) .

أما من وقف شيئاً وقفاً صحيحاً فقد صارت منافعه جميعاً للموقوف عليه وزال عن الواقف ملكه وملك منافعه . فلم يجز أن ينتفع بشيء منها ، إلا أن يكون قد وقف شيئاً للمسلمين فيدخل في جملتهم ، مثل : أن يقف مسجداً فله أن يصلي فيه ، أو مقبرة فله الدفن فيها ، أو بئراً للمسلمين فله أن يستقي منها ، أو سقاية أو شيئاً يعم المسلمين فيكون كأحدهم لا نعلم في هذا خلافاً . وقد روي عن عثمان رضي الله عنه «أنه سبل بئر رومة وكان دلوه فيها كدلاء المسلمين»[1] .

مسألة : (**إلا أن يشترط أن يأكل منه[2] فيكون له مقدار ما شرط**) .

ظاهر كلام الخرقي : أن الواقف إذا اشترط في الوقف أن ينفق منه على نفسه صح الوقف والشرط ، نص عليه أحمد .

وقال القاضي : يصح الوقف رواية واحدة ؛ لأن أحمد نص عليه في رواية جماعة وبه قال أبو يوسف ؛ لأن عمر لما وقف قال : «لا جناح على من وليها أن

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (٣٧٠٣) ٥: ٦٢٧ كتاب المناقب. باب في مناقب عثمان بن عفان رضي الله عنه.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٦٠٨) ٦: ٢٣٥ كتاب الأحباس، باب وقف المساجد.

(٢) في الأصل: منها. وما أثبتناه من المغني ٦: ١٩٣.

يأكل منها أو يطعم صديقاً غير متمول فيه»[1]، وكان الوقف في يده إلى أن مات.

ولأنه إذا وقف وقفاً عاماً؛ كالمساجد والسقايات والرباطات والمقابر كان له الانتفاع به فكذلك هاهنا، ولا فرق بين أن يشترط لنفسه الانتفاع به مدة حياته أو مدة معلومة معينة، وسواء قدر ما يأكل منها أو أطلقه، فإن عمر لم يقدر ما يأكل الوالي ويطعم إلا بقوله: بالمعروف، وفي حديث صدقة رسول الله ﷺ أنه شرط أن يأكل أهله منها بالمعروف غير المنكر، إلا أنه إذا شرط أن ينتفع به مدة معينة فمات فيها فينبغي أن يكون ذلك لورثته؛ كما لو باع داراً فاشترط أن يسكنها سنة فمات في أثنائها.

وإن شرط أن يأكل أهله منه صح الوقف والشرط؛ لأن النبي ﷺ شرط ذلك في صدقته، وإن اشترط أن يأكل من وليه منه ويطعم صديقاً جاز؛ لأن عمر شرط ذلك في صدقته، التي استأمر فيها رسول الله ﷺ، فإن وليها الواقف كان له أن يأكل ويطعم صديقاً له؛ لأن عمر ولي صدقته، وإن وليها أحد من أهله كان له ذلك؛ لأن حفصة بنت عمر كانت تلي صدقته بعد موته ثم وليها بعدها عبد الله بن عمر.

فصل

وإن شرط في الوقف أن يخرج من شاء من أهل الوقف ويدخل من شاء من غيرهم لم يصح؛ لأنه شرط ينافي مقتضى الوقف فأفسده؛ كما لو شرط أن لا ينتفع به، وإن شرط للناظر أن يعطي من يشاء من أهل الوقف ويحرم من يشاء صح؛ لأن ذلك ليس بإخراج للموقوف عليه من الوقف وإنما علق استحقاق الوقف بصفة فكأنه جعل له حقاً في الوقف إذا اتصف بإرادة الوالي لعطيته و لم يجعل له حقاً إذا انتفت تلك الصفة فيه. فأشبه ما لو وقف على المشتغلين بالعلم

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٤٨.

من ولده فإنه يستحق منهم من اشتغل بـه دون مـن لم يشتغل . فلـو تـرك المشتغل الاشتغال زال استحقاقه ، فإذا عاد إليه عاد استحقاقه .

مسألة : **(والباقي على من وقف عليه وأولاده وأولاده الذكـور والإنـاث مـن أولاد البنين بينهم بالسوية ، إلا أن يكون الواقف فضل بعضهم)** .

هذه المسألة تشتمل على فصول :

الأول : إذا وقف على قوم وأولادهم وعقبهم ونسلهم كان الوقف بين القـوم وأولادهم . ومن حـدث مـن نسلهم علـى سبيل الاشـتراك إن لم تقـترن بـه قرينـة تقتضي ترتيباً ؛ لأن الواو تقتضي الاشتراك . فإذا اجتمعوا اشتركوا و لم يقدم بعضهم على بعض . ويشارك الآخر الأول وإن كان من البطن العاشر ، وإذا حدث حمل لم يشارك حتى ينفصل ؛ لأنه يحتمل أن لا يكون حملاً فلا يثبت له حكـم الولـد قبـل انفصاله .

فصل

فإن قال : وقفت على أولادي ثم على المساكين ، أو على ولد فلان ثم على المساكين فقد روي عن أحمـد مـا يـدل علـى أنـه يكـون وقفـاً علـى أولاده وأولاد أولاده من أولاد البنين ما لم تكن قرينة تصرف عن ذلك .

قال المروزي : قلت لأبي عبد الله : ما تقول في رجل وقف ضيعة على ولـده فمات الأولاد وتركوا نسوة حوامل؟ فقال : كل ما كان من أولاد الذكـور بنـات كن أو بنين فالضيعة موقوفة عليهـم . ومـا كـان مـن أولاد البنـات فليـس لهـم فيـه شيء ؛ لأنهم من رجل آخر .

ووجه ذلـك : أن الله قـال : ﴿يُوصِيكُـمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُـمْ لِلذَّكَـرِ مِثْـلُ حَـظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١] . فدخل فيه ولد البنين وإن سَفلوا ، ولما قال : ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَـهُ وَلَـدٌ﴾ [النساء: ١١] فتنـاول ولـد البنـين . وكذلك كل موضع ذكر الله عز وجل الولد دخـل فيـه ولـد البنـين . فـالمطلق مـن

كلام الآدمي إذا خلا عن قرينة ينبغي أن يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ويفسر بما فسر به .

ولأن ولد ولده ولد له بدليل قوله تعالى : ﴿يَا بَنِي آدَمَ﴾ [الأعراف :٢٦] و ﴿يَا بَنِي إِسْرَائِيلَ﴾ [البقرة :٤٠] .

وقال النبي ﷺ : «ارموا بني إسماعيل فإن أباكم كان رامياً»[(١)] ، وقال : «نحن بني النضر بن كنانة»[(٢)] ، والقبائل كلها تنسب إلى جدودها .

ولأنه لو وقف على ولد فلان وهم قبيلة دخل فيه ولد البنين فكذلك إذا لم يكونوا قبيلة .

وقال القاضي وأصحابه : لا يدخل فيه ولد الولد بحال ، سواء في ذلك ولد البنين وولد البنات ؛ لأن الولد حقيقة وعرفاً إنما هو ولده لصلبه وإنما يسمى ولد الولد ولداً مجازاً ولهذا يصح نفيه فيقال : ما هذا ولدي إنما هو ولد ولدي ، وإن قال : على ولدي لصلبي فهو آكد ، وإن قال : على ولدي وولد ولدي ثم قال : على المساكين دخل فيه البطن الأول والثاني ولم يدخل فيه البطن الثالث ، وإن قال : على ولدي وولد ولدي وولد ولد ولدي دخل فيه ثلاثة بطون دون من بعدهم ، وموضع الخلاف المطلق . وأما مع وجود دلالة تصرف إلى أحد المحملين فإنه يصرف إليه بغير خلاف مثل أن يقول : على ولد فلان وهم قبيلة ليس فيهم ولد من صلبه فإنه يصرف إلى أولاد الأولاد بغير خلاف ، وكذلك إن قال : على أولادي أو ولدي وليس له ولد من صلبه ، أو قال : ويفضل ولد الأكبر أو الأعلم على غيرهم ، أو قال : فإذا خلت الأرض من عقبي عاد إلى المساكين ، أو قال : على ولدي غير ولد البنات أو غير ولد فلان ، أو قال : يفضل البطن الأعلى على الثاني ، أو قال : الأعلى فالأعلى وأشباه ذلك فهذا يصرف لفظه إلى جميع نسله وعاقبته وإن اقترنت به قرينة تقتضي تخصيص أولاده لصلبه بالوقف مثل أن يقول : على ولدي لصلبي أو الذين يلونني ونحو هذا فإنه يختص بالبطن الأول دون غيرهم ،

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٨١٥) ٢: ٩٤١ كتاب الجهاد. باب الرمي في سبيل الله.
(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٢١٥٩١) ٥: ٢١١.

وإذا قلنا بالتعميم فيهم إما للقرينة وإما لقولنا بأن المطلق يقتضي التعميم و لم يكن في لفظه ما يقتضي تشريكاً ولا ترتيباً ، احتمل أن يكون بينهم كلهم على التشريك ؛ لأنهم دخلوا في اللفظة دخولاً واحداً . فوجب أن يكون بينهم مشتركاً ؛ كما لو أقر لهم بدين ويحتمل أن يكون على الترتيب على حسب الترتيب في الميراث ، وهذا ظاهر كلام أحمد لقوله : فيمن وقف على ولد علي بن إسماعيل و لم يقل : إن مات ولد علي بن إسماعيل دفع إلى ولد ولده فمات ولد علي بن إسماعيل وترك ولداً فقال : إن مات بعض ولد علي بن إسماعيل دفع إلى ولده أيضاً ؛ لأن هذا من ولد علي بن إسماعيل فجعله لولد من مات من ولد علي بن إسماعيل عند موت أبيه ، وذلك لأن ولد البنين لما دخلوا في قوله تعالى : ﴿يُوصِيكُمْ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء:١١] لم يستحق ولد البنين شيئاً مع وجود آبائهم واستحقوا عند فقدهم كذا هاهنا .

وأما إن وصى لولد فلان وهم قبيلة فلا ترتيب فيه ويستحق الأعلى والأسفل على كل حال .

فصل

وإن رتب فقال : وقفت هذا على ولد ولدي وولد ولدي ما تناسلوا وتعاقبوا ، الأعلى فالأعلى ، أو الأقرب فالأقرب ، أو الأول فالأول ، أو البطن الأول ثم الثاني ، أو على أولادي ثم على أولاد أولادي ، أو على أولادي فإذا انقرضوا فعلى أولاد أولادي ، فكل هذا على الترتيب فيكون على ما شرط ، ولا يستحق البطن الثاني شيئاً حتى ينقرض البطن الأول كله ولو بقي واحد من البطن الأول كان الجميع له ؛ لأن الوقف ثبت بقوله فيتبع فيه مقتضى كلامه .

وإن قال : على أولادي وأولادهم ما تعاقبوا وتناسلوا على أنه من مات منهم عن ولد كان ما كان جارياً عليه جارياً على ولده كان ذلك دليلاً على الترتيب ؛ لأنه لو اقتضى التشريك لاقتضى التسوية . ولو جعلنا لولد الولد سهماً مثل سهم أبيه ثم دفعنا إليه سهم أبيه صار له سهمان ولغيره سهم وهذا ينافي التسوية .

ولأنه يفضي إلى تفضيل ولد الابن [على الابن][1] والظاهر من إرادة الواقف خلاف هذا .

فإذا ثبت الترتيب فإنه يترتب بين كل والد وولده ، فإذا مات عن ولد انتقل إلى ولده سهمه ، سواء بقي من البطن الأول أحد أو لم يبق .

فصل

وإن رتب بعضهم دون بعض فقال : وقفت على ولدي وولد ولدي ثم على أولادهم ، أو على أولادي ثم على أولاد أولادي وأولادهم ما تناسلوا وتعاقبوا ، أو على أولادي وأولاد أولادي ثم على أولادهم وأولاد أولادهم ما تناسلوا فهو على ما قال يشرّك من شرّك بينهم بالواو المقتضية للجمع والتشريك ويرتب من رتبه بحرف الترتيب ، ففي المسألة الأولى يشترك الولد وولد الولد ثم إذا انقرضوا صار لمن بعدهم ، وفي الثانية يختص به الولد فإذا انقرضوا صار مشتركاً بين من بعدهم ، وفي الثالثة يشترك فيه البطنان الأولان دون غيرهم فإذا انقرضوا اشترك فيه من بعدهم .

الفصل الثاني : إذا وقف على قوم وأولادهم وعقبهم ونسلهم دخل في الوقف أولاد البنين بغير خلاف نعلمه ، وأما ولد البنات فظاهر قول الخرقي : لا يدخلون فيه ، وقد قال أحمد فيمن وقف على ولده : ما كان من ولد البنات فليس لهم فيه شيء فهذا النص يحتمل أن يعدى إلى هذه المسألة ويحتمل أن يكون مقصوراً على من وقف على ولده و لم يذكر ولد ولده وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم ، وممن قال أنه لا يدخل ولد البنات في الوقف الذي على أولاده وأولاد أولاده مالك ومحمد بن الحسن وهكذا إذا قال : على ذريتهم ونسلهم .

وقال أبو بكر وابن حامد : يدخل فيه ولد البنات ، وهو مذهب الشافعي وأبي يوسف ؛ لأن البنات أولاده فأولادهن أولاد الأولاد حقيقة فيجب أن يدخلوا في الوقف لتناول اللفظ لهم ، وقد دل على صحة هذا قوله تعالى : ﴿وَنُوحاً هَدَيْنَا

(١) زيادة من المغني ٦: ٢٠٠.

﴿مِنْ قَبْلِ وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ -إلى قوله- : وَعِيسَى﴾ [الأنعام:٨٤-٨٥] وهو من ولد بنته فجعله من ذريته .

وكذلك ذكر الله قصة عيسى وإبراهيم وموسى وإسماعيل وإدريس ثم قال : ﴿أُولَئِكَ الَّذِينَ أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ مِنَ النَّبِيِّينَ مِنْ ذُرِّيَّةِ آدَمَ وَمِمَّنْ حَمَلْنَا مَعَ نُوحٍ وَمِنْ ذُرِّيَّةِ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْرَائِيلَ﴾ [مريم:٥٨] وعيسى معهم .

وقال النبي ﷺ للحسن : «إن ابني هذا سيد»[1] وهو من ولد بنته .

ولما قال الله : ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمْ﴾ [النساء:٢٣] دخل في التحريم حلائل أبناء البنات . ولما حرم الله البنات دخل في التحريم بناتهن .

ووجه قول الخرقي : أن الله قال : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء:١١] فدخل فيه ولد البنين دون ولد البنات . وهكذا كل موضع ذكر فيه الولد في الإرث والحجب دخل فيه ولد البنين دون البنات .

ولأنه لو وقف على ولد رجل وقد صاروا قبيلة دخل فيه ولد البنين دون البنات بالاتفاق فكذلك قبل أن يصيروا قبيلة .

ولأنه لو وقف على ولد العباس في عصرنا لم يدخل فيه ولد بناته فكذلك إذا وقف عليهم في حياته .

ولأن ولد البنات منسوبون إلى آبائهم دون أمهاتهم . قال الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا ... بنوهن أبناء الرجال الأباعد

قولهم : أنهم أولاد أولاد حقيقة ، قلنا : إلا أنهم لا ينسبون إلى الواقف عرفاً ولذلك لو قال : أولاد أولادي المنتسبين إلي لم يدخل هؤلاء في الوقف .

ولأن ولد الهاشمية من غير الهاشمي ليس بهاشمي ولا ينسب إلى أبيها .

وأما عيسى عليه السلام فلم يكن له أب ينسب إليه فنسب إلى أمه لعدم أبيه ، ولذلك يقال : عيسى ابن مريم ، وغيره إنما ينسب إلى أبيه ؛ كيحيى بن زكريا ،

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٥٧) ٢: ٩٦٢ كتاب الصلح، باب قول النبي ﷺ للحسن بن علي رضي الله عنهما: «ابني هذا سيد...».

وقول النبي عليه السلام: «إن ابني هـذا سيد»[1] تجوز بغير خلاف بدليل قوله تعالى: ﴿مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [الأحزاب: ٤٠] وهذا الخلاف فيما إذا لم يوجد ما يدل على تعيين أحد الأمرين. فأما إن وجد ما يصرف اللفظ إلى أحدهما انصرف إليه.

ولو قال: على أولادي وأولاد أولادي على أن لولد البنات سهماً ولولد البنين سهمين، أو فإذا خلت الأرض ممن يرجع نسبه إليّ من قبل أب أو أم كان للمساكين، أو كان البطن الأول من أولاده الموقوف عليهم كلهم بنات وأشباه هذا مما يدل على إرادة ولد البنات بالوقف دخلوا في الوقف، وإن قال: على أولادي وأولاد أولادي المنتسبين إليّ أو غير ذوي الأرحام أو نحو ذلك لم يدخل فيه ولد البنات، وإن قال: على ولدي فلان وفلانة وفلانة وأولادهم دخل فيه ولد البنات، وكذلك لو قال: على أنه من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده، وإن قال الهاشمي: وقفت على أولادي وأولاد أولادي الهاشميين لم يدخل في الوقف من أولاد بناته من كان غير هاشمي، وأما من كان هاشمياً من غير أولاد بنيه فهل يدخلون؟ على وجهين:

أولاهما: أنهم يدخلون؛ لأنهم اجتمع فيهم الصفتان جميعاً كونهم من أولاد أولاده وكونهم هاشميين.

والثاني: لا يدخلون؛ لأنهم لم يدخلوا في مطلق أولاد أولاده فأشبه ما لو لم يقل الهاشميين وإن قال: على أولادي وأولاد أولادي ممن ينسب إلى قبيلتي فكذلك.

الفصل الثالث: أنه إذا وقف على أولاد رجل وأولاد أولاده استوى فيه الذكر والأنثى؛ لأنه تشريك بينهم، وإطلاق التشريك يقتضي التسوية؛ كما لو أقر لهم بشيء، وكولد الأم في الميراث حين شرك الله بينهم فيه فقال: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢] تساووا فيه ولا يفضل بعضهم على بعض وليس

---

(١) سبق تخريجه في الحديث السابق.

كذلك في ميراث ولد الأبوين وولد الأب فإن الله قال : ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالاً وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء:١٧٦] ، ولا نعلم في هذا خلافاً .

الفصل الرابع : أنه إذا فضل بعضهم على بعض فهو على ما قال ، فلو قال : وقفت على أولادي وأولاد أولادي على أن للذكر سهمين وللأنثى سهماً ، أو للذكر مثل حظ الأنثيين ، أو على حسب ميراثهم ، أو على حسب فرائضهم أو بالعكس من هذا ، أو على أن للكبير ضعف ما للصغير أو للعالم ضعف ما للجاهل أو للعائل ضعف ما للغني أو عكس ذلك ، أو عين بالتفضيل واحداً معيناً أو ولده وما أشبه هذا فهو على ما قال ؛ لأن ابتداء الوقف مفوض إليه فكذلك تفضيله وترتيبه ، وكذلك إن شرط إخراج بعضهم بصفة ورده بصفة مثل أن يقول : من تزوج منهم فله ومن فارق فلا شيء له أو عكس ذلك ، ومن حفظ القرآن فله ومن نسيه فلا شيء له ، ومن اشتغل بالعلم فله ومن ترك فلا شيء له ، أو من كان على مذهب كذا فله ومن خرج منه فلا شيء له ، فكل هذا صحيح على ما شرط ، وقد روى هشام بن عروة أن الزبير جعل دوره صدقة على بنيه لا تباع ولا توهب وأن للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضر بها فإن استغنت بزوج فلا حق لها في الوقف ، وليس هذا تعليقاً للوقف بصفة بل الوقف مطلق والاستحقاق له بصفة ، وكل هذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً عن غيره .

مسألة : **(فإذا لم يبق منهم أحد فهو على المساكين)** .

يعني : إذا وقف على قوم ونسلهم ثم على المساكين فانقرض القوم ونسلهم فلم يبق منهم أحد رجع إلى المساكين ولا ينتقل إليهم ما دام فيهم أحد من القوم أو من نسلهم باقياً ؛ لأنه رتبه للمساكين بعدهم . والمساكين الذين يستحقون السهم من الزكاة ، والفقراء يدخلون فيهم وكذلك لفظ الفقراء يدخل فيه المساكين ؛ لأن كل واحد من اللفظين يطلق عليهما ، والمعنى الذي يسميان به شامل لهما وهو الحاجة والفاقة . ولهذا لما سمى الله المساكين في مصرف كفارة اليمين وكفارة الظهار وفدية الأذى تناولهما جميعاً وجاز الصرف إلى كل واحد منهما ، ولما ذكر الفقراء في قوله : ﴿لِلْفُقَرَاءِ الَّذِينَ أُحْصِرُوا فِي سَبِيلِ اللهِ﴾ [البقرة:٢٧٣] ، وقوله

تعالى : ﴿وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ﴾ [البقرة : ٢٧١] تناول القسمين ، وكل موضع ذكر فيه أحد اللفظين تناول القسمين إلا في الصدقات ؛ لأن الله جمع بين الاسمين وميز بين المسميين فاحتجنا إلى التمييز بينهما ، وفي غير الصدقات يسمى الكل بكل واحد من الاسمين ، فإن جمع بين الاسمين بالوقف أيضاً فقال : وقفت هذا على الفقراء والمساكين نصفين أو ثلاثاً وجب التمييز بينهما أيضاً فنزلناهما منزلتهما من سهام الصدقات ، وإن قال : على الفقراء والمساكين فقياس المذهب جواز الاقتصار على أحد الصنفين وإباحة الدفع إلى واحد كما قلنا في الزكاة ، ويتخرج أن لا يجوز الدفع إلى أقل من ثلاثة من كل صنف بناء على القول في الزكاة أيضاً . ولا خلاف في أنه لا يجب تعميمهم بالعطية كما لا يجب استيعابهم بالزكاة ولا في أنه يجوز التفضيل بين من يعطيه منهم ، سواء كانوا ذكوراً أو إناثاً ، أو كان الوقف عليهم ابتداء أو انتقل إليهم عن غيرهم . وضابط هذا : أنه متى كان الوقف على من يمكن حصرهم واستيعابهم والتسوية بينهم وجب استيعابهم والتسوية بينهم إذا لم يفضل الواقف بعضهم على بعض ، فإن وقف على من لا يمكن حصرهم ؛ كالمساكين ، أو قبيلة كبيرة ؛ كبني تميم وبني هاشم جاز الدفع إلى واحد وإلى أكثر منه ، وجاز التفضيل والتسوية ؛ لأن وقفه عليهم مع علمه بتعذر استيعابهم دليل على أنه لم يرده ومن جاز حرمانه جاز تفضيل غيره عليه ، فإن كان الوقف في ابتدائه على من يمكن استيعابه فصار مما لا يمكن استيعابه ؛ كرجل وقف على ولده وولد ولده وولد ولده فصاروا قبيلة كبيرة تخرج عن الحصر ، مثل : أن يقف علي عليه السلام على ولده ونسله فإنه يجب تعميم من أمكن منهم والتسوية بينهم ؛ لأن التعميم كان واجباً وكذلك التسوية . فإذا تعذر وجب منه ما أمكن كالواجب الذي يعجز عن بعضه .

ولأن الواقف هاهنا أراد التعميم والتسوية لإمكانه وصلاح لفظه لذلك فيجب العمل بما أمكن منه بخلاف ما إذا كانوا حال الوقف مما لا يمكن ذلك فيهم .

مسألة : **(فإن لم يجعل آخره للمساكين ولم يبق ممن وقف عليه أحد رجع إلى ورثة الواقف في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله رضي الله عنه ، والرواية الأخرى : يكون وقفاً على أقرب عصبة الواقف)** .

أما الوقف الذي لا اختلاف في صحته ما كان معلوم الابتداء والانتهاء غير منقطع ، مثل : أن يجعل على المساكين أو طائفة لا يجوز بحكم العادة انقراضهم ، وإن كان غير معلوم الانتهاء مثل أن يقف على قوم يجوز انقراضهم ، بحكم العادة ولم يجعل آخره للمساكين ، ولا لجهة غير منقطعة فإن الوقف يصح ، وبه قال مالك وأبو يوسف والشافعي في أحد قوليه ، وقال محمد بن الحسن والشافعي في القول الآخر : لا يصح ، وهو وجه لأصحابنا ؛ لأن الوقف مقتضاه التأبيد فإن كان منقطعاً صار وقفاً على مجهول. فلم يصح ؛ كما لو وقفه على مجهول في الابتداء .

والأول المذهب ؛ لأنه تصرف معلوم المصرف . فصح ؛ كما لو صرح بمصرفه المتصل .

ولأن الإطلاق إذا كان له عرف حُمل عليه ؛ كنقد البلد وعرف المصرف . وهاهنا هم أولى[1] الجهات به فكأنه عيّنهم .

إذا ثبت هذا فإنه يصرف عند انقراض الموقوف عليهم إلى أقارب الواقف ، وبه قال الشافعي .

وعن أحمد : يصرف إلى المساكين ، واختاره القاضي والشريف أبو جعفر ؛ لأنه مصرف الصدقات وحقوق الله تعالى من الكفارات ونحوها فإذا وُجدت صدقة غير معينة المصرف انصرفت إليهم ؛ كما لو نذر صدقة مطلقة .

وعن أحمد : أنه يجعل في بيت مال المسلمين ؛ لأنه مال لا مستحق له فأشبه مال من لا وارث له .

وقال أبو يوسف : يرجع إلى الواقف وإلى ورثته ، إلا أن يقول صدقة موقوفة ينفق منها على فلان وعلى فلان فإذا انقرض المسمى كانت للفقراء والمساكين ؛

---

(١) في الأصل: هاهنا أولى. وما أثبتناه من المغني ٦: ٢١٥.

لأنه جعلها صدقة على مسمى فلا تكون على غيره، ويفارق ما إذا قال: ينفق منها على فلان وفلان فإنه جعل الصدقة مطلقة.

ولا يصح ما قاله أبو يوسف؛ لأنه أزال ملكه لله تعالى. فلم يجز أن يرجع إليه؛ كما لو أعتق عبداً، والدليل على صرفه إلى أقارب الواقف أنهم أولى الناس بصدقته بدليل قوله عليه السلام: «صدقتك على غير رحمك صدقة، وصدقتك على رحمك صدقة وصلة»[1]، وقال: «إنك أن تَدَعَ ورثَتَكَ أغنياء خيرٌ من أن تدعَهُم عالةً يتكفَّفُون الناس»[2].

ولأن فيه إغناءهم وصلة أرحامهم.

ولأنهم أولى الناس بصدقاته النوافل والمفروضات كذلك صدقته المنقولة.

إذا ثبت هذا فإنه في ظاهر كلام الخرقي وظاهر كلام أحمد يكون للفقراء منهم والأغنياء؛ لأن الوقف لا يختص الفقراء ولو وقف على أولاده تناول الأغنياء والفقراء كذا هاهنا. وفيه وجه آخر أنه يختص الفقراء منهم؛ لأنهم أهل الصدقات دون الأغنياء.

ولأننا خصصناهم بالوقف؛ لكونهم أولى الناس بالصدقة، وأولى الناس بالصدقة الفقراء دون الأغنياء. واختلفت الرواية فيمن يستحق الوقف من أقرباء الواقف ففي إحدى الروايتين يرجع إلى الورثة منهم؛ لأنهم الذين صرف الله إليهم ماله بعد موته واستغنائه عنه فكذلك يصرف إليهم من صدقته ما لم يذكر له مصرفاً.

ولأن النبي ﷺ قال: «إنك أن تَتْرُكَ ورثَتَك أغنياء خيرٌ من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»[3].

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (٦٥٨) ٣: ٤٦ كتاب الزكاة. باب ما جاء في الصدقة على ذي القرابة. وأخرجه النسائي في سننه (٢٥٨٢) ٥: ٩٢ كتاب الزكاة. الصدقة على الأقارب.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٩١) ٣: ١٠٠٦ كتاب الوصايا، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٦٤) ٣: ١١٢ كتاب الوصايا، باب ما جاء في ما لا يجوز للموصى في ماله.

فعلى هذا يكون بينهم على حسب ميراثهم ويكون وقفاً عليهم. نص عليه أحمد وذكره القاضي؛ لأن الوقف يقتضي التأبيد، وإنما صرفناه إلى هؤلاء؛ لأنهم أحق الناس بصدقته فصرف إليهم مع بقائه صدقة، ويحتمل كلام الخرقي: أنه يصرف إليهم على سبيل الإرث ويبطل الوقف فيه.

فعلى هذا يكون كقول أبي يوسف.

والرواية الثانية: يكون وقفاً على أقرب عصبة الواقف دون بقية الورثة من أصحاب الفروض ودون البعيد من العصابات، فيقدم الأقرب فالأقرب على حسب استحقاقهم لولاء الموالى؛ لأنهم خصوا بالعقل عنه وبميراث مواليه فخصوا بهذا أيضاً.

قال صاحب المغني: وهذا لا يقوى عندي؛ لأن استحقاقهم لهذا دون غيرهم من الناس لا يكون إلا بدليل من نص أو إجماع أو قياس ولا نعلم فيه نصاً ولا إجماعاً ولا يصح قياسه على ميراث ولاء الموالي؛ لأن علته لا تتحقق ههنا. قال: وأقرب الأقوال فيه صرفه إلى المساكين؛ لأنهم مصارف مال الله تعالى وحقوقه فإن كان في أقارب الواقف مساكين كان أولى به لا على سبيل الوجوب كما أنهم أولى بزكاته وصلاته مع جواز الصرف إلى غيرهم.

ولأننا إذا صرفناه إلى أقاربه على سبيل التعيين فهي أيضاً جهة منقطعة فلا يتحقق إيصاله إلا بصرفه إلى المساكين.

فصل

فإن لم يكن للواقف[1] أقارب أو كان له أقارب فانقرضوا صرف إلى الفقراء والمساكين وقفاً عليهم؛ لأن القصد به الثواب الجاري عليه على وجه الدوام. وإنما قدمنا الأقارب على المساكين؛ لكونهم أولى. فإذا لم يكونوا فالمساكين أهل لذلك فصرف إليهم، إلا على قول من قال: أنه يصرف إلى ورثة الواقف ملكاً لهم فإنه

(١) في الأصل: للوارث. وما أثبتناه من المغني ٦: ٢١٧.

يصرف عند عدمهم إلى بيت المال ؛ لأنه بطل الوقف فيه بانقطاعه وصار ميراثاً لا وارث له فكان بيت المال به أولى .

مسألة : (**ومن وقف في مرضه الذي مات فيه ، أو قال : هو**[1] **وقف بعد موتي فلم يخرج من الثلث وقف منه بقدر الثلث ، إلا أن تجيز الورثة**) .

أما الوقف في مرض الموت فحكمه حكم الوصية في اعتباره من ثلث المال ؛ لأنه تبرع فاعتبر في مرض الموت من الثلث ؛ كالعتق وغيره من التبرعات . وإذا خرج من الثلث جاز من غير رضى الورثة ولزم وما زاد على الثلث [لزم الوقف منه في قدر الثلث][2] ووقف[3] الزائد على إجازة الورثة ، لا نعلم في هذا خلافاً عند القائلين بلزوم الوقف ، وذلك لأن حق الورثة تعلق بالمال بوجود المرض فمنع التبرع بزيادة على الثلث ؛ كالعطايا والعتق ، وأما إذا قال : هو وقف بعد موتي فظاهر كلام الخرقي : أنه يصح ويعتبر من الثلث كسائر الوصايا ، وهو ظاهر كلام أحمد .

وقال القاضي : لا يصح هذا ؛ لأنه تعليق للوقف على شرط وتعليق الوقف على شرط غير جائز بدليل ما لو علقه على شرط في حياته ، وحمل كلام الخرقي على أنه قال : قفوا بعد موتي فيكون وصية بالوقف لا إيقافاً .

وقال أبو الخطاب : قول الخرقي هذا يدل على جواز تعليق الوقف على شرط .

والدليل على صحة الوقف المعلق بالموت ما احتج به الإمام أحمد «أن عمر رضي الله عنه أوصى فكان في وصيته : هذا ما أوصى عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث أن ثمغاً صدقة وصرمة ابن الأكوع والعبد الذي فيه والمائة سهم التي بخيبر ورقيقه الذي [فيه والمائة التي][4] أطعمه محمد ﷺ بالواد تليه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرأي من أهلها أن لا يباع ولا يشترى ينفقه حيث يرى من

---

(١) زيادة من المغني ٦: ٢١٩.

(٢) زيادة من المغني ٦: ٢٢٠.

(٣) في الأصل: وقف. وما أثبتناه من المغني ٦: ٢٢٠.

(٤) زيادة من السنن.

السائل والمحروم وذوي القربى ، لا حرج على من وليه إن أكل أو آكل أو اشترى رقيقاً منه »[1] رواه أبو داود .

وهذا نص في مسألتنا ، ووقفه هذا كان بأمر النبي عليه السلام .

ولأنه اشتهر في الصحابة . فلم ينكر فكان إجماعاً .

ولأن هذا تبرع معلق بالموت . فصح ؛ كالهبة والصدقة المطلقة أو نقول : صدقة معلقة بالموت فأشبهت غير الوقف . ويفارق هذا التعليق على شرط في الحياة بدليل الهبة المطلقة والصدقة وغيرهما ، وذلك لأن هذا وصية والوصية أوسع من التصرف في الحياة بدليل جوازها بالمجهول والمعدوم وللمجهول وللحمل وغير ذلك وبهذا يتبين فساد قياس من قاس على هذا الشرط بقية الشروط .

مسألة : (وإذا خَرِبَ الوقف ولم يَرُدَّ شيئاً بيع واشتُري بثمنه ما يُرَدُّ على أهل الوقف ، وجعل وقفاً كالأول ، وكذلك الفرس الحبيسُ إذا لم يصلُح للغزو بيع واشتُري بثمنه ما يصلُح للجهاد) .

أما الوقف إذا خرب وتعطلت منافعه ؛ كدار انهدمت أو أرض خربت وعادت مواتاً و لم يمكن عمارتها ، أو مسجداً انتقل أهل القرية عنه وصار في موضع لا يصلى فيه ، أو ضاق بأهله و لم يمكن توسيعه في موضعه ، أو تشعّب جميعه فلم يمكن عمارته ولا عمارة بعضه إلا ببيع بعضه جاز بيع بعضه لتعمر به بقيته ، وإن لم يمكن الانتفاع بشيء منه بيع جميعه .

قال أحمد في رواية ابنه صالح : يحول المسجد خوفاً من اللصوص ، وإذا كان موضعه قذراً قال القاضي : يعني إذا كان ذلك يمنع من الصلاة فيه ونص على جواز بيع عرصته وتكون الشهادة في ذلك على الإمام .

وعن أحمد : لا تباع المساجد وإنما تنقل آلتها قال : وبالقول الأول أقول ؛ لإجماعهم على جواز بيع الفرس الحبيس يعني الموقوفة على الغزو إذا كبرت فلم تصلح للغزو وأمكن الانتفاع بها في شيء آخر مثل أن تدور في الرحى ، أو يحمل

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٧٩) ٣: ١١٧ كتاب الوصايا. باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف.

عليها تراب، أو تكون الرغبة في نتاجها، أو حصاناً يتخذ للطراق فإنه يجوز بيعها ويشترى بثمنها ما يصلح للغزو. نص عليه أحمد.

واحتج بما روي: «أن عمر كتب إلى سعد لما بلغه أنه قد نُقِبَ بيت المال الذي بالكوفة، انقُل المسجد الذي بالتَّمَّارين، واجعل بيتَ المال في قبلة المسجد، فإنه لن يزال في المسجد مصل»، وكان هذا بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه فكان إجماعاً.

ولأن فيما ذكرناه استبقاء الوقف بمعناه عند تعذر إبقائه بصورته. فوجب ذلك؛ كما لو استولد الجارية الموقوفة أو قتلها هو أو قتلها غيره.

قال ابن عقيل: الوقف مؤبد فإذا لم يمكن تأبيده على وجه تخصيصه استبقينا الغرض وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى وإيصال الأبدال جرى مجرى الأعيان وجمودنا على العين مع تعطلها تضييع للغرض. ويقرب هذا من الهدي إذا عطب [في السفر][1] فإنه يذبح في الحال وإن كان يختص بموضع، فلما تعذر تحصيل الغرض بالكلية استوفي منه ما أمكن وترك مراعاة المحل الخاص عند تعذره؛ لأن مراعاته عند تعذره يفضي إلى فوات الانتفاع بالكلية وهكذا الوقف المعطل المنافع.

فصل

وظاهر كلام الخرقي: أن الوقف إذا بيع فأيّ شيء اشتري بثمنه مما يرد على أهل الوقف جاز، سواء كان من جنسه أو من غير جنسه؛ لأن المقصود المنفعة لا الجنس، لكن تكون المنفعة مصروفة إلى المصلحة التي كانت الأولى تصرف فيها؛ لأنه لا يجوز تغيير المصرف مع إمكان المحافظة عليه كما لا يجوز تغيير الوقف بالبيع مع إمكان الانتفاع به.

---

(١) زيادة من المغني ٦: ٢٢٦.

وإذا لم يكفِ ثمن الفرس الحبيس لشراء فرس أخرى أعين به في شراء فرس حبيس يكون بعض الثمن، نص عليه أحمد؛ لأن المقصود استبقاء منفعة الوقف الممكن استبقاؤها[1] وصيانتها عن الضياع ولا سبيل إلى ذلك إلا بهذه الطريق.

وإن لم تتعطل منفعة الوقف بالكلية لكن قلّت وكان غيره أنفع منه وأكثر رداً على أهل الوقف لم يجز بيعه؛ لأن الأصل تحريم البيع، وإنما أبيح للضرورة صيانة لمقصود الوقف عن الضياع مع إمكان تحصيله ومع الانتفاع وإن قلّ ما يضيع المقصود، اللهم إلا أن يبلغ في قلة النفع إلى حد لا يعدّ نفعاً فيكون وجود ذلك كالعدم.

فصل

قال أحمد في رواية أبي داود في مسجد أراد أهله رفعه من الأرض ويجعل تحته سقاية وحوانيت فامتنع بعضهم من ذلك: ينظر إلى قول أكثرهم، واختلف أصحابنا في تأويل كلام أحمد فذهب ابن حامد إلى أن هذا في مسجد أراد أهله إنشاؤه ابتداء واختلفوا كيف يعمل؟ وسماه مسجداً قبل بنائه تجوزاً؛ لأن مآله إليه، أما بعد كونه مسجداً لا يجوز جعله سقاية ولا حوانيت، وذهب القاضي إلى ظاهر اللفظ وهو أنه كان مسجداً فأراد أهله رفعه وجعل ما تحته سقاية لحاجتهم إلى ذلك.

والتأويل الأول أصح وأولى، وإن خالف الظاهر فإن المسجد لا يجوز نقله وإبداله وبيع ساحته وجعلها سقاية وحوانيت، إلا عند تعذر الانتفاع به، والحاجة إلى سقاية وحوانيت لا تعطل نفع المسجد فلا يجوز صرفه في ذلك. ولو جاز جعل أسفل المسجد سقاية وحوانيت لهذه الحاجة لجاز تخريب المسجد وجعله سقاية وحوانيت ويجعل بدله مسجداً في موضع آخر، وقال أحمد في رواية بكر بن محمد عن أبيه في مسجد ليس بحصين من الكلاب وله منارة فرخص في نقضها وبناء حائط المسجد بها للمصلحة.

---

(١) في الأصل: استيفاء منفعة الوقف الممكن استيفاؤها. وما أثبتناه من المغني ٦: ٢٢٧.

فصل

ولا يجوز أن يغرس في المسجد شجرة. نص عليه أحمد وقال: إن كانت غرست النخلة بعد أن صار مسجداً فهذه غرست بغير حق فلا أحب الأكل منها ولو قلعها الإمام لجاز، وذلك لأن المسجد لم يبن لهذا إنما بني لذكر الله والصلاة وقراءة القرآن.

ولأن الشجرة تؤذي المسجد وتمنع المصلين من الصلاة في موضعها ويسقط ورقها في المسجد وثمرها وتسقط عليها العصافير والطير فتبول في المسجد وربما اجتمع الصبيان في المسجد من أجلها ورموها بالحجارة ليسقط ثمرها.

وأما إن كانت النخلة في أرض فجعلها صاحبها مسجداً والنخلة فيها فلا بأس.

قال أحمد في موضع: لا بأس يعني أن يبيعها من الجيران.

وقال في رواية أبي طالب في النبقة: لا تباع وتجعل للمسلمين وأهل الدرب يأكلونها، وذلك لأن صاحب الأرض لما جعلها مسجداً والنخلة[1] فيها فقد وقف الأرض والنخلة معها ولم يعين مصرفها فصارت كالوقف المطلق الذي لم يعين له مصرف. وقد ذكرنا في إحدى الروايتين أنه للمساكين. وأما إن قال صاحبها: هذه وقف على المسجد فينبغي أن تباع ثمرها وتصرف إليه كما لو وقفها على المسجد وهي في غيره، وعندي أن المسجد إذا احتاج إلى ثمن ثمرة الشجرة بيعت وصرف ثمنها في عمارته، وكلام أحمد: يأكلها الجيران محمول على أنهم يعمرونه.

فصل

وما فضل من حصر المسجد وزيته ولم يحتج إليه جاز أن يجعل في مسجد آخر أو يتصدق من ذلك على فقراء جيرانه وغيرهم، وكذلك إن فضل من قصبه أو شيء من نقضه، قال أحمد في مسجد بُني فبقي من خشبه أو قصبه أو شيء من

(١) في الأصل: أو النخلة. وما أثبتناه من المغني ٦: ٢٢٩.

نقضه فقال: يعان به في مسجد آخر أو كما قال. قال المروزي: سألت أبا عبد الله عن بواري المسجد إذا فضل منه الشيء أو الخشبة قال: يتصدق به وأرى أنه قد احتج بكسوة البيت إذا تخرقت تصدق بها، وقال في موضع آخر: قد كان شيبة يتصدق بخلقان الكعبة.

وروى الخلال بإسناده عن علقمة عن أمه أن شيبة بن عثمان الحجبي جاء إلى عائشة فقال: «يا أم المؤمنين إن ثياب الكعبة تكثُر عليها، فننزِعُها، فنحفرُ لها آباراً فندفِنُها حتى لا تلبسَها الحائض والجنب. قالت عائشة: بئس ما صنعتَ ولم تُصِبْ، إن ثياب الكعبة إذا نُزعت لم يَضِرْها من لَبِسَها من حائضٍ أو جُنُب، ولكن لو بعتَها وجعلتَ ثمنها في سبيل الله والمساكين. فكان شيبة يبعثُ بها إلى اليمن فتُباعُ، فيضعُ ثمنَها حيث أمرتْه عائشة»[1]، وهذه قصة مثلها ينتشر ولم ينكر فيكون إجماعاً.

ولأنه مال الله لم يبق له مصرف. فصرف إلى المساكين؛ كالوقف المنقطع.

مسألة: (**وإذا حصل في يد بعض أهل الوقف خمسة أوسق فعليه الزكاة، وإذا صار الوقف للمساكين فلا زكاة فيه**).

أما الوقف إذا كان شجراً فأثمر أو أرضاً فزرعت. وكان الوقف على قوم بأعيانهم فحصل لبعضهم من الثمرة أو الحب نصاب ففيه الزكاة. وبهذا قال مالك والشافعي؛ لأنه استغل من أرضه أو شجره نصاباً فلزمته زكاته كغير الوقف. يحققه: أن الوقف الأصل والثمرة طلق والملك فيها تام له التصرف فيها بجميع التصرفات وتورث عنه. فتجب فيها الزكاة؛ كالحاصلة من أرض مستأجرة له.

أما إذا صار الوقف للمساكين فلا زكاة عليهم فيما يحصل في أيديهم، سواء حصل في يد بعضهم نصاب من الحبوب والثمار أو لم يحصل. ولا زكاة عليهم قبل تفريقها وإن بلغت نصباً؛ لأن الوقف على المساكين لا يتعين لواحد منهم. بدليل أن كل واحد منهم يجوز حرمانه والدفع إلى غيره وإنما يثبت الملك فيه بالدفع

(١) رواه الأزرقي في تاريخه. انظر التاريخ القويم ٤:٢٢٦.

والقبض لما أعطيه من غلته ملكاً مستأنفاً . فلم تجب عليه فيه زكاة ؛ كالذي يدفع إليه من الزكاة ، وكما لو وهبه أو اشتراه . وفارق الوقف على قوم بأعيانهم ، فإنه يتعين لكل واحد منهم حق في نفع الأرض وغلتها . ولهذا يجب إعطاؤه ولا يجوز حرمانه .

مسألة : (**وما لا ينتفع به إلا بالإتلاف مثل : الذهب والورق والمأكول والمشروب فوقفه غير جائز**) .

أما ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ؛ كالدنانير والدراهم والمطعوم والمشروب والشمع وأشباهه فلا يصح وقفه في قول عامة الفقهاء وأهل العلم ؛ لأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة ، وما لا ينتفع به إلا بالإتلاف لا يصح فيه ذلك ، وقيل في الدراهم والدنانير يصح وقفها للوزن على قول من أجاز إجارتها لذلك ولا يصح ؛ لأن تلك المنفعة ليست المقصود الذي خلقت له الأثمان ولهذا لا تضمن في الغصب . فلم يجز الوقف له ؛ كوقف الشجر على نشر الثياب ، والغنم على دوس الطين ، والشمع ليتجمل به .

والمراد بالذهب والفضة هاهنا الدراهم والدنانير وما ليس بحلي ؛ لأن ذلك هو الذي يتلف بالانتفاع به .

أما الحلي فيصح وقفه للإعارة واللبس ؛ لما روي عن نافع قال : «ابتاعت حفصة حلياً بعشرين ألفاً ، فحبَّسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تُخرج زكاته» . رواه الخلال بإسناده .

ولأنه عين يمكن الانتفاع بها مع بقائها دائماً .فصح وقفها ؛ كالعقار .

ولأنه يصح تحبيس أصلها وتسبيل المنفعة . فصح وقفها ؛ كالعقار ، وبهذا قال الشافعي .

وعن أحمد : لا يصح وقفها ، وأنكر الحديث عن حفصه في وقفها ، وذكره ابن أبي موسى إلا أن القاضي تأوله على أنه لا يصح الحديث فيه .

ووجه هذه الرواية : أن التحلي ليس هو المقصود الأصلي من الأثمان . فلم يصح وقفها عليه ؛ كما لو وقف الدنانير والدراهم .

والأول المذهب ؛ لما ذكرنا .

والتحلي من المقاصد المهمة والعادة جارية به وقد اعتبره الشرع في إسقاط الزكاة عن متخذه وجوز إجارته لذلك ، وفارق الدراهم والدنانير فإن العادة لم تجر بالتحلي به ولا اعتبره الشرع في إسقاط زكاته[1] ولا ضمان نفعه بخلاف مسألتنا .

مسألة : (**ويصح الوقف فيما عدا ذلك**) .

أما الوقف الجائز فما يجوز بيعه والانتفاع به مع بقاء عينه وكان أصلاً يبقى بقاء متصلاً ؛ كالعقار والحيوانات والسلاح والأثاث وأشباه ذلك .

قال أحمد في رواية الأثرم : إنما الوقف في الدور والأرضين على ما وقف أصحاب رسول الله ﷺ ، وقال فيمن وقف خمس نخلات على مسجد : لا بأس ، وهذا قول الشافعي .

والدليل على صحة وقف المنقول أن النبي ﷺ قال : «أما خالد فقد احتبسَ أدْرَاعَهُ وأعتَادَهُ في سبيل الله»[2] متفق عليه .

وفي رواية : «وأعتُدَه»[3] أخرجه البخاري .

قال الخطابي : الأعتاد ما يعدّه الرجل من مركوب وسلاح وآلة الجهاد .

ولأنه يحصل فيه تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة . فصح وقفه ؛ كالعقار والفرس الحبيس .

مسألة : (**ويصح وقف المشاع**) .

وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ؛ لأن في حديث عمر : «أنه أصاب مائة سهم من خيبر واستأذن النبي ﷺ فيها فأمره بوقفها»[4] ، وهذا صفة المشاع .

---

(١) في الأصل: زكاة. وما أثبتناه من المغني ٦: ٢٣٦.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٣٩٩) ٢: ٥٣٤ كتاب الزكاة. باب قول الله تعالى: ﴿وفي الرقاب...﴾

وأخرجه مسلم في صحيحه (٩٨٣) ٢: ٦٦٦ كتاب الزكاة. باب في تقديم الزكاة ومنعها.

(٣) أخرجه البخاري في الموضع السابق.

(٤) أخرجه النسائي في سننه (٣٦٠٤) ٦: ٢٣٢ كتاب الأحباس ، باب حبس المشاع .

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٩٧) كتاب الصدقات ، باب من وقف.

ولأنه عقد يجوز على بعض الجملة مفرزاً . فجاز عليه مشاعاً ؛ كالبيع ، أو عرصة يجوز بيعها . فجاز وقفها ؛ كالمفرزة .

ولأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة وهذا يحصل في المشاع كحصوله في المفرز .

مسألة : (**وإذا لم يكن الوقف على معروف أو بر فهو باطل**) .

أما الوقف فلا يصح إلا على من يعرف ؛ كولده وأقاربه ورجل معين ، أو على بر ؛ كبناء الجوامع والمساجد والقناطر وكتب العلم والفقه والقرآن والمقابر والسقايات وسبيل الله .

ولا يصح على غير معين ؛ كرجل وامرأة ؛ لأن الوقف تمليك للعين أو للمنفعة . فلا يصح على غير معين ؛ كالبيع والإجارة ، ولا على معصية ؛ كبيت النار والبيع والكنائس وكتب التوراة والإنجيل وإن كان الواقف كافراً ؛ لأن ذلك معصية ، فإن هذه المواضع بنيت للكفر وهذه الكتب مبدلة منسوخة . ولذلك غضب النبي ﷺ حين رأى مع عمر صحيفة فيها شيء من التوراة وقال : «أفي شك أنت يا ابن الخطاب ؟ ألم آت بها بيضاء نقية؟ لو كان أخي موسى حياً ما وسعه إلا اتباعي»[1] . ولولا أن ذلك معصية لما غضب منه ، وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً .

مسألة : (**ولا تصح الهبة والصدقة فيما يكال ويوزن إلا بقبضه**) .

أما الهبة والصدقة والهدية والعطية فمعانيها متقاربة ، وكلها تمليك في الحياة بغير عوض . واسم العطية شامل لجميعها وكذلك الهبة ، والصدقة والهدية متغايران فإن النبي ﷺ كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة[2] ، وقال في اللحم الذي تصدق به على بريرة : «هو عليها صدقة ولنا هدية»[3] .

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١٥١٩٥) ٣: ٣٨٧.
(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٠٧٧) ٢: ٧٥٦ كتاب الزكاة ، باب قبول النبي الهدية ورده الصدقة.
(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٠٩) ٥: ١٩٥٩ كتاب النكاح ، باب الحرة تحت العبد.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٠٧٤) ٢: ٧٥٥ كتاب الزكاة ، باب إباحة الهدية للنبي ﷺ...

فالظاهر: أن من أعطى شيئاً يتقرب به إلى الله للمحتاج فهو صدقة، ومن دفع إلى إنسان شيئاً للتقرب إليه والمحبة له فهو هدية وجميع ذلك مندوب إليه ومحثوث عليه فإن النبي ﷺ قال: «تهادوا تحابوا»[1].

وأما الصدقة فما ورد في فضلها أكثر من أن يمكن حصره وقد قال تعالى: ﴿إِنْ تُبْدُوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ وَإِنْ تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ وَيُكَفِّرُ عَنْكُمْ مِنْ سَيِّئَاتِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٧١].

إذا ثبت هذا فإن المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة إلا بالقبض، وهو قول أكثر الفقهاء منهم أبو حنيفة والشافعي؛ لإجماع الصحابة. فإن ما قلناه مروي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ولم يعرف لهما في الصحابة مخالفاً، فروى عروة عن عائشة «أن أبا بكر الصديق نحلها جذاذ عشرين وسقاً من ماله بالعالية. فلما مرض قال: يا بنية ما أحد أحب إلي غنى بعدي منك ولا أحد أعز علي فقراً منك وكنت نحلتك جذاذ عشرين وسقاً ووددت أنك حزتيه وقبضتيه وهو اليوم مال الوارث أخواك وأختاك فاقتسموا على كتاب الله»[2]، ورواه مالك في الموطأ بمعناه.

واتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة.

ولأنها هبة غير مقبوضة. فلم تلزم؛ كما لو مات قبل أن يقبض فإن بالإجماع لا يلزم الوارث التسليم.

فصل

وقول الخرقي: لا يصح، يحتمل أن يريد لا يلزم ويحتمل أن يريد لا يثبت بها الملك قبل القبض فإن الملك حكم الهبة والصحة اعتبار الشيء في حق حكمه، وأما

---

(١) أخرجه مالك في موطئه (١٦) ٢: ٦٩٣ كتاب حسن الخلق، باب ما جاء في المهاجرة. عن عطاء بن أبي مسلم الخراساني.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٦٩ كتاب الهبات، باب التحريض على الهبة والهدية صلة بين الناس، عن أبي هريرة.

(٢) أخرجه مالك في موطئه (٤٠) ٢: ٥٧٦ كتاب الأقضية. باب ما لا يجوز من النحل.

الصحة بمعنى انعقاد اللفظ بحيث إذا انضم إليه القبض اعتبر وثبت حكمه فلا يصح حمل لفظه على نفيه لعدم الخلاف فيه .

ولأنه قال في سياق المسألة : كما يصح في البيع وقد تقرر في البيع أن بيع المكيل والموزون صحيح قبل القبض وإنما ينتفي الضمان وإطلاقه في التصرفات وقوله : مما يكال ويوزن ظاهرة العموم في كل مكيل وموزون ، وخصه أصحابنا المتأخرون بما ليس بمتعين فيه ؛ كالقفيز من صبرة والرطل من زبرة . وقد ذكرنا ذلك في البيع ورجحنا العموم .

مسألة : **(وتصح في غير ذلك بغير قبض إذا قبل كما يصح في البيع)** .

يعني : أن غير المكيل والموزون تلزم الهبة فيه بمجرد العقد ويثبت الملك في الموهوب قبل قبضه ويروى ذلك عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما .

وعن أحمد : لا تلزم الهبة في الجميع إلا بالقبض ، وهو قول أكثر أهل العلم . قال المروزي : اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي ؛ لما ذكرنا في المسألة الأولى .

ووجه الرواية الأولة : أن الهبة أحد نوعي التمليك . فكان منها ما لا يلزم قبل القبض ومنها ما يلزم قبله كالبيع فإن فيه ما لا يلزم قبل القبض وهو الصرف وبيع الربويات ومنه ما يلزم قبله وهو ما عدا ذلك .

وقول الخرقي : إذا قبل يدل على أنه إنما يستغني عن القبض في موضع وجد فيه[1] الإيجاب والقبول ، والإيجاب أن يقول : وهبتك أو أهديت إليك أو أعطيتك أو هذا لك ونحوه من الألفاظ الدالة على هذا المعنى . والقبول أن يقول : قبلت أو رضيت أو نحو هذا . وذكر القاضي وأبو الخطاب : أن الهبة والعطية كلها لا تصح إلا بإيجاب وقبول ولا بد منهما ، سواء وجد القبض أو لم يوجد ، وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي ؛ لأنه عقد تمليك . فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالنكاح .

---

(١) زيادة من المغني ٦: ٢٥٢.

والصحيح: أن المعاطاة والأفعال الدالة على الإيجاب والقبول كافية ولا يحتاج إلى لفظ، وهو اختيار ابن عقيل، فإن النبي ﷺ كان يهدي ويهدى إليه، ويعطي ويعطى، ويفرق الصدقات ويأمر سعاته بتفريقها وأخذها. وكان أصحابه يفعلون ذلك ولم ينقل عنهم في ذلك إيجاب ولا قبول ولا أمر به ولا علمه لأحد، ولو كان ذلك شرطاً لنقل عنهم نقلاً مشتهراً.

و «كان ابن عمر على بعير لعمر فقال النبي ﷺ لعمر: بعنيه. فقال: هو لك يا رسول الله، فقال النبي عليه السلام: هو لك يا عبد الله بن عمر فاصنع به ما شئت»[1]، ولم ينقل قبول النبي ﷺ من عمر ولا قبول ابن عمر من النبي ﷺ، ولو كان شرطاً لفعله النبي ﷺ وعلمه ابن عمر، ولم يكن ليأمره أن يضيع به ما شاء قبل أن يقبله.

ولا خلاف بين العلماء فيما علمناه في أن تقديم الطعام بين يدي الضيفان إذن في الأكل وأنه لا يحتاج إلى قبول[2] بقوله.

ولأنه وجد ما يدل على التراضي بنقل الملك. فاكتفي به؛ كما لو وجد الإيجاب والقبول.

قال ابن عقيل: إنما يشترط الإيجاب والقبول مع الإطلاق وعدم العرف القائم بين المعطي والمعطى؛ لأنه إذا لم يكن عرف يدل على الرضى فلا بد من قول دال عليه، إما مع قرائن الأحوال والدلالة فلا وجه لتوقيفه على اللفظ. ألا ترى أنا اكتفينا بالمعاطاة في البيع. واكتفينا بدلالة الحال في دخول الحمام وهو إجارة وبيع أعيان فإذا اكتفينا في المعاوضات مع تأكدها بدلالة الحال، وأنها تنقل الملك من الجانبين. فلأن نكتفي به في الهبة أولى.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٦٨) ٢: ٩٢١ كتاب الهبة وفضلها. باب من أهدي له هدية وعنده جلساؤه فهو أحق.

(٢) في الأصل: قول. وما أثبتناه من المغني ٦: ٢٥٣.

فصل

إذا كان له في ذمة إنسان دين فوهبه له أو أبرأه منه أو أحله منه صح وبرئت ذمة الغريم منه وإن رد ذلك فلم يقبله ؛ لأنه إسقاط . فلم يفتقر إلى القبول ؛ كإسقاط القصاص والشفعة وحد القذف ، وكالعتق والطلاق ، وإن قال : تصدقت به عليك صح . فإن القرآن ورد في الإبراء بلفظ الصدقة ، قال الله : ﴿ودِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إلاَّ أنْ يَصَّدَّقُوا﴾ [النساء:٩٢] .

وإن قال : عفوت لك عنه صح ؛ لأن الله قال : ﴿إلاَّ أنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُو الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ [البقرة:٢٣٧] يعني : به الإبراء من الصداق .

وإن قال : أسقطته عنك صح ؛ لأنه أتى بحقيقة اللفظ الموضوع له ، وإن قال : ملكتك إياه صح ؛ لأنه بمنزلة هبته إياه .

فصل

وإن وهب الدين لغير من هو في ذمته أو باعه إياه لم يصح ، وبه قال في البيع أبو حنيفة . قال أحمد : إذا كان لك على رجل طعام قرضاً فبعه من الذي هو عليه بنقد ولا تبعه من غيره بنقد ولا نسيئة . وإذا أقرضت رجلاً دراهم أو دنانير فلا تأخذ من غيره عرضاً بما لك عليه ؛ لأنه غير قادر على تسليمه . فلم يصح ؛ كبيع الآبق . وأما هبته لغير من هو عليه فيحتمل أن لا تصح كالبيع ، ويحتمل أن تصح ؛ لأنه لا غرر فيها على المتهب والواهب . فصح ؛ كهبة الأعيان . ذكر هذه الاحتمالين صاحب المغني .

مسألة : **(ويقبض للطفل أبوه أو وصيه أو الحاكم أو أمينه بأمره)** .

أما الطفل فلا يصح قبضه لنفسه ولا قبوله ؛ لأنه ليس من أهل التصرف ووليه يقوم مقامه في ذلك فإن كان له أب أمين فهو وليه ؛ لأنه أشفق عليه وأقرب إليه ، وإن مات أبوه الأمين وله وصي فوليه وصيه ؛ لأن الأب أقامه مقام نفسه . فجرى مجرى وكيله ، وإن كان الأب غير مأمون لفسق أو جنون أو مات عن غير وصي فوليه الحاكم ولا يلي ماله غير هؤلاء الثلاثة وأمين الحاكم يقوم مقامه وكذلك

وكيل الأب والوصي فيقوم كل واحد منهم مقام الصبي في القبول والقبض إن احتيج إليه ؛ لأن ذلك قبول لما للصبي فيه حظ فكان إلى الولي ؛ كالبيع والشراء ولا يصح القبض والقبول من غير هؤلاء. وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً ؛ لأن القبض إنما يكون من المتهب أو نائبه والولي نائب بالشرع فصح قبضه له أما غيره فلا نيابة له.

قال صاحب المغني: ويحتمل أن يصح القبض والقبول من غيرهم عند عدمهم ؛ لأن الحاجة داعية إلى ذلك فإن الصبي قد يكون في مكان لا حاكم فيه وليس له أب ولا وصي ويكون فقيراً لا غنى به عن الصدقات فإن لم يصح قبض غيرهم له انسد باب وصولها إليه فيضيع ويهلك ومراعاة حفظه من الهلاك أولى من مراعاة الولاية.

فعلى هذا للأم القبض له وكل من يليه من أقاربه وغيرهم وإن كان الصبي مميزاً فحكمه حكم الطفل في قيام وليه مقامه ؛ لأن الولاية لا تزول عنه قبل البلوغ ، إلا أنه إذا قبل لنفسه وقبض لها صح ؛ لأنه من أهل التصرف فإنه يصح بيعه وشراؤه بإذن الولي فهاهنا أولى.

ولا يحتاج إلى إذن الولي هاهنا ؛ لأنه محض مصلحة لا ضرر فيه. فصح من غير إذن وليه ؛ كوصيته وكسب المباحات.

قال صاحب المغني: ويحتمل أن يقف صحة القبض منه على إذن وليه دون القبول ؛ لأن القبض يحصل به مستولياً على المال فلا يؤمن تضييعه له وتفريطه فيه فيتعين حفظه عن ذلك بوقفه على إذن وليه كقبضه لوديعته ، وأما القبول فيحصل له به الملك من غير ضرر فجاز من غير إذن كاحتشاشه واحتطابه واصطياده.

مسألة: **(وإذا فاضل بين ولده في العطية أمر برده كما أمر النبي ﷺ)**.

يجب على الإنسان التسوية بين أولاده في العطية إذا لم يختص أحدهم بمعنى يبيح التفضيل فإن خص أحدهم بعطيته أو فاضل بينهم فيها أثم ووجبت عليه التسوية بأحد أمرين إما رد ما فضل به البعض وإما إتمام نصيب الآخر ؛ لما روى النعمان بن بشير قال: «تصدق عليّ أبي ببعض ماله فقالت أمي عمرة بنت

رواحة : لا أرضى حتى تشهد عليها رسول الله ﷺ فجاء أبي رسول الله ﷺ ليشهده على صدقته فقال : أكل ولدك أعطيت مثله؟ قال : لا . قال : فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم . قال : فرجع أبي فرد تلك الصدقة »[1] .

وفي لفظ قال : « فاردده »[2] ، وفي لفظ : « فأرجعه »[3] ، وفي لفظ : « لا تُشهدني على جور »[4] ، وفي لفظ : « فأشهد على هذا غيري »[5] ، وفي لفظ : « سوِّ بينهم »[6] وهو حديث صحيح متفق عليه وهو دليل على التحريم ؛ لأنه سماه جوراً وأمر برده وامتنع من الشهادة عليه والجور حرام والأمر يقتضي الوجوب .

ولأن تفضيل بعضهم يورث بينهم العداوة والبغضاء وقطيعة الرحم . فمنع منه ؛ كتزويج المرأة على عمتها أو خالتها .

وقول النبي عليه السلام : « فأشهد على هذا غيري »[7] ليس بأمر ؛ لأن أدنى أحوال الأمر الاستحباب والندب ولا خلاف في كراهة هذا ، وكيف يجوز أن يأمره بتأكيده مع أمره برده وتسميته إياه جوراً ، وحمل الحديث على التحريم أولى من حمل الحديث على التناقض والتضاد . ولو أمر النبي ﷺ بإشهاد غيره لامتثل بشير أمره و لم يرده وإنما هذا تهديد له على هذا فيقيد ما أفاده النهي عن إتمامه .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٤٧) ٢: ٩١٤ كتاب الهبة وفضلها، باب الإشهاد في الهبة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٢٣) ٣: ١٢٤٢ كتاب الهبات، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة.

(٢) أخرجه مسلم في الموضع السابق.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٤٦) ٢: ٩١٣ كتاب الهبة وفضلها. باب الهبة للولد وإذا أعطى بعض ولده شيئا...
وأخرجه مالك في موطئه (٣٩) ٢: ٥٧٦ كتاب الأقضية. باب ما لا يجوز من النحل.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٠٧) ٢: ٩٣٨ كتاب الشهادات، باب لا يشهد على شهادة جورٍ إذا أشهد.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٢٣) ٣: ١٢٤٣ كتاب الهبات، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة.

(٥) أخرجه مسلم في الموضع السابق.

(٦) أخرجه أحمد في مسنده (١٨٣٨٥) ٤: ٢٦٨.

(٧) سبق قريبا.

فصل

وأما إن خص بعضهم لمعنى يقتضي تخصيصه مثل اختصاصه بحاجة أو زمانة أو عمى أو كثرة عائلة أو اشتغاله بالعلم ونحوه من الفضائل، أو صرف عطيته عن بعض ولده لفسقه أو بدعته أو لكونه يستعين بما يأخذه على معصية الله أو ينفقه فيها فقد روي عن أحمد ما يدل على جواز ذلك؛ لقوله في تخصيص بعضهم بالوقف: لا بأس به إذا كان للحاجة وأكرهه إذا كان على سبيل الأثرة، والعطية في معناه، ويحتمل ظاهر لفظه المنع من التفضيل والتخصيص على كل حال لكون النبي ﷺ لم يستفصل بشيراً في عطيته.

والأول أولى؛ لأن بعضهم اختص بمعنى يقتضي العطية. فجاز أن يختص بها؛ كما لو اختص القرابة، وحديث بشير قضية في عين لا عموم لها، وترك النبي عليه السلام الاستفصال يجوز أن يكون لعلمه بالحال.

فإن قيل: لو علم بالحال لما قال: «ألك ولد غيره؟»[1].

قلنا: يحتمل أن يكون السؤال هاهنا لبيان العلة قال عليه السلام للذي سأله عن بيع الرطب بالتمر: «أينقص الرطب إذا يبس؟ قال: نعم قال: فلا إذاً»[2] وقد علم أن الرطب ينقص، لكن نبّه السائل بهذا على علة المنع من البيع كذا هاهنا.

فصل

وقول الخرقي: أمر برده يدل على أن للأب الرجوع فيما وهب لولده، وهو ظاهر مذهب أحمد، سواء قصد برجوعه التسوية بين الأولاد أو لم يقصد، وهذا مذهب مالك والشافعي.

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٧٦-١٧٧ كتاب الهبات، باب السنة في التسوية بين الأولاد في العطية.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٥٩) ٣: ٢٥١ كتاب البيوع، باب في التمر بالتمر.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٢٥) ٣: ٥٢٨ كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٥٤٥) ٧: ٢٦٨ كتاب البيوع، اشتراء التمر بالرطب.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٦٤) ٢: ٧٦١ كتاب التجارات، باب بيع الرطب بالتمر.

وعن أحمد: رواية أخرى ليس له الرجوع فيها، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه؛ لقوله عليه السلام: «العائدُ في هبتِه كالعائدِ في قَيْئِه»[1] متفق عليه.

وعن عمر بن الخطاب قال: «من وهب هبة يرى أنه أراد بها صلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها. ومن وهب هبة أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها»[2] رواه مالك في الموطأ.

ولأنها هبة يحصل بها الأجر من الله تعالى. فلم يجر الرجوع فيها؛ كصدقة التطوع.

والأول أصح؛ لقول النبي ﷺ لبشير بن سعد: «فاردده»[3]، وروي «فأرجعه»[4] رواه كذلك مالك عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن النعمان فأمره بالرجوع في هبته، وأقل أحوال الأمر الجواز.

وقد امتثل بشير بن سعد في ذلك فرجع في هبته لولده، ألا تراه قال في الحديث: «فرجع أبي فرد تلك الصدقة»[5] وحمل الحديث على أنه لم يكن أعطاه شيئاً يخالف ظاهر الحديث؛ لقوله: «تصدق عليّ أبي بصدقة»[6]، وقول بشير: «إني نحلتُ ابني غلاماً»[7] يدل على أنه كان أعطاه.

وعن طاوس أن ابن عمر وابن عباس يرفعاه أن النبي ﷺ قال: «لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يُعطي ولده، ومثل الرجل يعطي

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٧٨) ٢: ٩٢٤ كتاب الهبة، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٢٢) ٣: ١٢٤١ كتاب الهبات، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض إلا ما وهبه لولده وإن سفل.

(٢) أخرجه مالك في موطئه (٤٢) ٢: ٥٧٧ كتاب الأقضية. باب القضاء في الهبة.

(٣) سبق تخريجه ص: ١٧٩.

(٤) سبق تخريجه ص: ١٧٩.

(٥) سبق تخريجه ص: ١٧٩.

(٦) سبق تخريجه ص: ١٧٩.

(٧) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٤٦) ٢: ٩١٣ كتاب الهبة وفضلها. باب الهبة للولد وإذا أعطى بعض ولده شيئا...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٢٣) ٣: ١٢٤٢ كتاب الهبات، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة.

العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء ثم رجع في قيئه »[1] رواه الخمسة وصححه الترمذي .

وهذا يخص عموم ما رووه ويفسره وقياسهم منقوض بهبة الأجنبي فإن فيها أجراً وثواباً ، فإن النبي ﷺ ندب إليها ، وعندهم له الرجوع فيها والصدقة على الوالد كمسألتنا ، وقد دل حديث النعمان بن بشير على الرجوع في الصدقة ؛ لقوله : « تصدق عليّ أبي بصدقة »[2] .

فصل

وظاهر كلام الخرقي : أن الأم كالأب في الرجوع في الهبة ؛ لأن قوله : وإذا فاضل بين ولده يتناول كل والد ثم قال في سياقه : أمر برده فيدخل فيه الأم ، وهذا مذهب الشافعي ؛ لأنها داخلة في قوله عليه السلام : « إلا الوالد فيما يُعطي ولده »[3] .

ولأنها لما دخلت في قوله عليه السلام : « سوّوا بين أولادكم »[4] ينبغي أن يتمكن من التسوية ، والرجوع في الهبة طريق في التسوية وربما تعين طريقاً فيها إذا لم يمكن إعطاء الآخر مثل عطية الأول .

ولأنها لما دخلت في المعنى[5] في حديث بشير بن سعد ينبغي أن تدخل في جميع مدلوله ؛ لقوله عليه السلام : « فاردده »[6] ، وقوله : « فأرجعه »[7] .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٣٩) ٣: ٢٩١ كتاب البيوع، باب الرجوع في الهبة.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٢١٣٢) ٤: ٤٤٢ كتاب الولاء والهبة، باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٦٩٠) ٦: ٢٦٥ كتاب الهبة، رجوع الوالد فيما يعطي ولده.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٧٧) ٢: ٧٩٥ كتاب الهبات، باب من أعطى ولده ثم رجع فيه.
وأخرجه أحمد في مسنده (٤٧٩٥) طبعة إحياء التراث.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٧٩.

(٣) سبق قريبا.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٧٧ كتاب الهبات ، باب السنة في التسوية بين الأولاد في العطية.

(٥) في الأصل: للنع. وما أثبتناه من المغني ٦: ٢٧٣.

(٦) سبق تخريجه ص: ١٧٩.

(٧) سبق تخريجه ص: ١٧٩.

ولأنها لما ساوت الأب في تحريم تفضيل بعض ولدها ينبغي أن تساويه في التمكن من الرجوع فيما فضله به تخليصاً لها من الإثم وإزالة للتفضيل المحرم كالأب ، والمنصوص عن أحمد : أنه ليس لها الرجوع .

ولا فرق فيما ذكرنا بين الصدقة والهبة ، وهو قول الشافعي ؛ لعموم حديث النعمان بن بشير فإنه قال : «تصدق عليّ أبي بصدقة وقال : فرجع فرد تلك الصدقة»[1] ، وأيضاً عموم قوله عليه السلام : «إلا الوالد فيما يُعطي ولده»[2] .

فصل

ولجواز رجوع الأب فيما وهبه لولده شروط :

أحدها : أن تكون باقية في ملك الابن فإن زال عنها ملكه ببيع أو هبة أو وقف أو إرث أو غير ذلك لم يكن له الرجوع فيها ؛ لأنه إبطال لملك غير الولد وإن عادت إليه بسبب جديد ؛ كبيع أو هبة أو وصية أو إرث ونحو ذلك لم يملك الرجوع فيها ؛ لأنها عادت بملك مستأنف لم يستفده من قبل أبيه ، فلا يملك فسخه وإزالته كالذي لم يكن موهوباً له . وإن عادت إليه بفسخ البيع لعيب أو إقالة أو فلس المشتري ففيه وجهان :

أحدهما : يملك الرجوع ؛ لأن السبب المزيل ارتفع وعاد الملك بالسبب الأول فأشبه ما لو فسخ البيع بخيار المجلس أو خيار الشرط .

والثاني : لا يملك الرجوع ؛ لأن الملك عاد إليه بعد استقرار ملك من انتقل إليه عليه . أشبه ما لو عاد إليه بهبة ، وأما إن عاد إليه للفسخ بخيار الشرط أو خيار المجلس فله الرجوع ؛ لأن الملك للغير لم يستقر عليه .

الشرط الثاني : أن تكون العين باقية في تصرف الولد بحيث يملك التصرف في رقبتها فإن استولد الابن الأمة لم يملك الأب الرجوع فيها ؛ لأن الملك فيها لا يجوز نقله إلى غير سيدها ، وإن رهن العين أو أفلس وحجر عليه لم يملك الأب الرجوع

(١) سبق تخريجه ص: ١٧٩.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٨٢.

فيها؛ لأن ذلك إبطال لحق غير الولد فإن زال المانع من التصرف فله الرجوع؛ لأن ملك الابن لم يزل وإنما طرأ معنى قطع التصرف مع بقاء الملك فمنع الرجوع فإذا زال المنع والكتابة كذلك عند من لا يرى بيع المكاتب، وهو مذهب جماعة منهم الشافعي، وأما من أجاز بيع المكاتب فحكمه حكم المستأجر والمزوج.

وكل تصرف لا يمنع الابن التصرف في الرقبة؛ كالوصية والهبة قبل القبض فيما يفتقر إليه والوطء والتزويج والإجارة والكتابة والتدبير إن قلنا لا يمنع البيع والمزارعة عليها وجعلها مضاربة أو في عقد شركة فكل ذلك لا يمنع الرجوع؛ لأنه لا يمنع الابن التصرف في رقبتها وكذلك العتق المعلق على صفة، وإذا رجع وكان التصرف لازماً؛ كالإجارة والتزويج والكتابة فهو باق بحاله؛ لأن الابن لا يملك إبطاله فكذلك من انتقل إليه وإن كان جائزاً؛ كالوصية والهبة قبل القبض بطل؛ لأن الابن يملك إبطاله.

الشرط الثالث: أن لا تتعلق بها رغبة لغير الولد. فإن تعلقت بها رغبة لغيره مثل: أن يهب ولده شيئاً فيرغب الناس في معاملته وأدانوه ديوناً أو رغبوا في مناكحته فزوجوه إن كان ذكراً، أو تزوجت الأنثى لذلك فعن أحمد روايتان:

أولاهما: ليس له الرجوع. قال أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهب ولده مالاً: فله الرجوع، إلا أن يكون غرّ به قوماً فإن غرّ به فليس له أن يرجع فيها. وهذا مذهب مالك؛ لأنه تعلق به حق غير الابن ففي الرجوع إبطال حقه. وقد قال عليه السلام: «لا ضرر ولا إضرار»[1] وفي الرجوع ضرر.

ولأن في هذا تحيلاً على إلحاق الضرر بالمسلمين ولا يجوز التحيل على ذلك.

والثانية: له الرجوع؛ لعموم الخبر.

ولأن حق المتزوج والغريم لم يتعلق بعين هذا المال. فلم يمنع الرجوع فيه.

الشرط الرابع: أن لا تزيد زيادة متصلة؛ كالسمن والكبر وتعلم صنعة فإن زادت فعن أحمد فيه روايتان:

---

(١) سبق تخريجه ص: ٨٧.

إحداهما : لا تمنع الرجوع . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنها زيادة في الموهوب . فلم تمنع الرجوع ؛ كالزيادة قبل القبض والمنفصلة .

والثانية : تمنع . وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأن الزيادة للموهوب له ؛ لكونها نماء ملكه و لم تنتقل إليه من جهة أبيه . فلم يملك الرجوع فيها ؛ كالمنفصلة ، وإذا امتنع الرجوع فيها امتنع الرجوع في الأصل ؛ لئلا يفضي إلى سوء المشاركة وضرر التشقيص .

ولأنه استرجاع للمال بفسخ عقد لغير عيب في عوضه فمنعته الزيادة المتصلة كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح أو نصفه بالطلاق ، أو رجوع البائع في المبيع لفلس المشتري .

ويفارق الرد بالعيب من جهة : أن الرد من المشتري وقد رضي ببذل الزيادة ، وإن فرض الكلام فيما إذا باع عرضاً بعرض فزاد أحدهما ووجد مشتري الآخر به عيباً ، قلنا بائع المعيب سلط مشتريه على الفسخ ببيعه المعيب فكأن الفسخ وجد منه ، ولهذا قلنا فيما إذا فسخ الزوج النكاح لعيب المرأة قبل الدخول لا صداق لها كما لو فسخته هي .

فعلى هذا لا فرق بين الزيادة في العين ؛ كالسمن والطول ونحوهما ، أو في المعاني ؛ كتعلم صناعة ، أو كتابة أو قرآن أو علم أو إسلام أو قضاء دين عنه . وبهذا قال محمد بن الحسن ؛ لأنها زيادة لها مقابل من الثمن فمنعت الرجوع ؛ كالسمن وتعلم الصنعة وإن زاد ببرئه من مرض أو صمم منع الرجوع كسائر الزيادات . وإن كانت زيادة العين أو التعلم لا تزيد في القيمة شيئاً أو تنقص منه شيئاً لم تمنع الرجوع ؛ لأن ذلك ليس بزيادة في المالية .

وأما الزيادة المنفصلة ؛ كولد البهيمة وثمرة الشجرة وكسب العبد فلا تمنع الرجوع بغير خلاف نعلمه والزيادة للولد ؛ لأنها حادثة في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فلا تتبع هاهنا . وذكر القاضي وجهاً آخر أنها للأب وهو بعيد فإن كانت الزيادة ولد أمة لا يجوز التفريق بينه وبين أمه منع الرجوع ؛ لأنه يلزم منه

التفريق بينه وبين أمه وذلك محرم ، إلا أن نقول أن الزيادة المنفصلة للأب فلا يمنع الرجوع ؛ لأنه يرجع فيهما جميعاً أو يرجع في الأم ويتملك الولد من مال ولده .

مسألة : **(فإن مات ولم يرده فقد ثبت لمن وهب له إذا كان ذلك في صحته)** .

يعني : إذا فاضل بين ولده في العطايا أو خص بعضهم بعطية لغير غرض صحيح ثم مات قبل أن يسترده ثبت ذلك للموهوب له ولزم وليس لبقية الورثة الرجوع . هذا المنصوص عن أحمد ، وهو اختيار الخلال وصاحبه عبد العزيز ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وأكثر أهل العلم .

وعن أحمد : أن لسائر الورثة أن يرتجعوا ما وهبه . اختارها ابن بطة وصاحبه أبو حفص العكبريان ، وهو قول عروة بن الزبير ؛ لأن النبي ﷺ سمى ذلك جوراً بقوله : «لا تُشهدني على جور»[1] والجور حرام لا يحل للفاعل فعله ولا للمعطى تناوله والموت لا يغيره عن كونه جوراً حراماً فيجب رده .

ولأن أبا بكر وعمر أمرا قيس بن سعد برد قسمة أبيه حين ولد له ولد ولم يكن علم به ولا أعطاه شيئاً وكان ذلك بعد موت سعد ، فروى سعيد بإسناده من طريقين «أن سعد بن عبادة قسم ماله بين أولاده وخرج إلى الشام فمات بها ثم ولد له بعد ذلك ولد فمشى أبو بكر وعمر إلى قيس بن سعد فقالا : إن سعداً قسم ماله ولم يدر ما يكون ، وإنا نرى أن ترد[2] هذه القسمة فقال قيس: لم أكن لأغير شيئاً صنعه سعداً ولكن نصيبي له».

(١) سبق تخريجه ص: ١٧٩.

(٢) سقط هنا لوحة من مصورة الأصل . وقد استدركنا بقية حديث سعد من المغني ٦:٢٨٥. وينتهي السقط عند قوله: ومن وجد لقطة من كتاب اللقطة التالي.

كتاب اللقطة

مسألة : قال : (ومن وجد لقطة عرّفها سنة في الأسواق وأبواب المساجد)

اعلم أن في التعريف ستة فصول في وجوبه وقدره وزمانه ومكانه وكيفيته ومن يتولاه .

الأول : في وجوبه . فإنه واجب على كل ملتقط ، سواء أراد تملكها أو حفظها لصاحبها ؛ لأن النبي ﷺ أمر به زيد بن خالد[1] وأبي بن كعب[2] ولم يفرق .

ولأن حفظها لصاحبها إنما يقيد بإيصالها إليه .

وطريقة التعريف : إما بقاؤها في يد الملتقط من غير وصولها إلى صاحبها فهو وهلاكها سيان .

ولأن إمساكها من غير تعريف تضييع لها عن صاحبها . فلم يجز ؛ كردها إلى موضعها وإلقائها في غيره .

ولأنه لو لم يجب التعريف لما جاز الالتقاط ؛ لأن بقاءها في مكانها إذاً أقرب إلى وصولها إلى صاحبها ، إما بأن يطلبها في الموضع الذي ضاعت فيه فيجدها ، وإما بأن يجدها من يعرفها وأخذ هذا لها يفوت الأمرين فيحرم . فلما جاز الالتقاط وجب التعريف كيلا يحصل هذا الضرر .

ولأن التعريف واجب على من أراد تملكها فكذلك على من أراد حفظها فإن التمليك غير واجب فلا تجب الوسيلة إليه . فيلزم أن يكون الوجوب في المحل المتفق عليه لصيانتها عن الضياع من صاحبها وهذا موجود في محل النزاع .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٩٦) ٢: ٨٥٦ كتاب في اللقطة، باب ضالة الغنم.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧٢٢) ٣: ١٣٤٩ كتاب اللقطة.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٩٤) ٢: ٨٥٥ كتاب في اللقطة، باب وإذا أخبره رب اللقطة بالعلامة دفع إليه.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧٢٣) ٣: ١٣٥٠ كتاب اللقطة.

الفصل الثاني : في قدر التعريف ، وذلك سنة . روي هذا عن عمر وعلي وابن عباس ، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي .

والأصل فيه حديث زيد بن خالد الصحيح فإن النبي ﷺ أمره بعام واحد .

ولأن السنة لا تتأخر عنها القوافل ويمضي فيها الزمان الذي تقصد فيه البلاد من الحر والبرد والاعتدال فصلحت قدراً كمدة أجل العنين .

إذا ثبت هذا فإنه يجب أن تكون هذه السنة تلي الالتقاط وتكون متوالية في نفسها ؛ لأن النبي عليه السلام أمر بتعريفها حين سئل عنها والأمر يقتضي الفور .

ولأن القصد بالتعريف وصول الخبر إلى صاحبها وذلك يحصل بالتعريف عقيب ضياعها متوالياً ؛ لأن صاحبها في الغالب إنما يتوقعها ويطلبها عقيب ضياعها . فيجب تخصيص التعريف به .

الفصل الثالث : في زمانه . وهو النهار دون الليل ؛ لأن النهار مجمع الناس وملتقاهم دون الليل ويكون ذلك في اليوم الذي وجدها والأسبوع أكثر ؛ لأن الطلب فيه أكثر ولا يجب فيما بعد ذلك متوالياً .

وقد روى الجوزجاني بإسناده عن معاوية بن عبدالله بن زيد الجهني قال : « نزلنا مُناخ ركبٍ فوجدتُ خِرقةً فيها قريبٌ من مائة دينار ، فجئت بها إلى عمر ، فقال : عرِّفها ثلاثة أيام على باب المسجد حتى قَرْن السنة ، ولا يقدمنّ ركبٌ إلا نشدْتَها وقلت : الذّهبُ بطريق الشام . ثم شأنكَ بها »[1] .

الفصل الرابع : في مكانه . وهو الأسواق وأبواب المساجد والجوامع في الوقت الذي يجتمعون فيه ؛ كأدبار الصلوات في المساجد وكذلك في مجامع الناس ؛ لأن المقصود إشاعة ذكرها وإظهارها ليظهر عليها صاحبها . فيجب تحري مجامع الناس .

ولا ينشدها في المسجد ؛ لأن المسجد لم يبن لهذا .

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٤٧) ٢: ٥٨٠ كتاب الأقضية ، باب القضاء في اللقطة.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٩٣ كتاب اللقطة ، باب تعريف اللقطة ومعرفتها والإشهاد عليها.

وعن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال[1] : «من سمع رجلاً ينشد ضالة في المسجد فليقل : لا ردّها الله إليك فإن المساجد لم تُبْنَ لهذا»[2] ، وأمر عمر واجد اللقطة بتعريفها على باب المسجد[3] .

الفصل الخامس : فيمن يتولاه . وللملتقط أن يتولى ذلك بنفسه وله أن يستنيب فيه ، فإن وجد متبرعاً بذلك ، وإلا إن احتاج إلى أجر فهو على الملتقط . وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ، واختار ابن عقيل وأبو الخطاب : أنه إن قصد الحفظ لصاحبها دون تملكها رجع بالأجرة على المالك ، وهو الصحيح عندي ؛ لأنه من مؤونة إيصالها إلى صاحبها . فكان على مالكها ؛ كأجر مخزنها ورعيها وتجفيفها .

ووجه الأول : أن هذا أجر واجب على المعرف . فكان عليه ؛ كما لو قصد تملكها .

ولأنه لو وليه بنفسه لم يكن له أجر على صاحبها فكذلك إذا استأجر عليه لا يلزم صاحبها شيء .

ولأنه سبب لملكها فكان على الملتقط ؛ كما لو قصد تملكها .

الفصل السادس : في كيفية التعريف . وهو أن يذكر جنسها لا غير فيقول : من ضاع منه ذهب أو فضة أو دنانير أو ثياب . ونحو هذا القول قال عمر لواجد الذهب : قل الذهب بطريق الشام .

ولا يصفها ؛ لأنه لو وصفها لعلم صفتها من يسمعها فلا تبقى صفتها دليلاً على ملكها لمشاركة غير المالك في ذلك .

ولأنه لا يأمن أن يدعيها بعض من سمع صفتها ويذكر صفتها التي يجب دفعها بها فيأخذها وهو لا يملكها فتضيع على مالكها .

---

(١) زيادة يقتضيها السياق.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (٥٦٨) ١: ٣٩٧ كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب النهي عن نشد الضالة في المسجد...

(٣) سبق ذكره وتخريجه ص: ١٨٧.

فصل

ولم يفرق الخرقي بين يسير اللقطة وكثيرها . وهو ظاهر المذهب إلا في اليسير الذي لا تتبعه النفس ؛ كالتمرة والخرقة والكسرة وما لا خطر له ، فإنه لا بأس بأخذه والانتفاع به من غير تعريف ؛ لأن النبي ﷺ لم ينكر على واجد التمرة حيث أكلها بل قال له : «لو لمْ تأتِها لأتتْك» ، و «رأى النبي ﷺ تمرة فقال : لولا أني أخشى أن تكون من الصدقة لأكلتها»[1] ولا نعلم خلافاً بين أهل العلم في إباحة أخذ اليسير والانتفاع به .

وليس عن أحمد وأكثر أهل العلم تحديد اليسير الذي يباح الانتفاع به من غير تعريف .

وسائر الأحاديث ليس فيها تقدير ، لكن يباح ما ذكره النبي ﷺ ورخص في أخذه من السوط والعصا والحبل وما قيمته كقيمة ذلك ، وقدره أبو الفرج الدمشقي في كتابه بما دون القيراط . ولا يصح تحديده ؛ لعدم ورود الشرع به .

فصل

إذا أخر التعريف عن الحول الأول مع إمكانه أثم ؛ لأن النبي ﷺ أمر به فيه والأمر يقتضي الوجوب .

ولأن ذلك وسيلة إلى أن لا يعرفها صاحبها . فإن الظاهر أنه بعد الحول ييأس منها ويسلو[2] عنها ويترك طلبها ويسقط التعريف بتأخيره عن الحول الأول في المنصوص عن أحمد ؛ لأن حكمة التعريف لا تحصل بعد الحول الأول . وإن تركه في بعض الحول عرف بقيته ويتخرج أن لا يسقط التعريف بتأخره ؛ لأنه واجب فلا يسقط بتأخيره عن وقته ؛ كالعبادات وسائر الواجبات .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٩٩) ٢: ٨٥٧ كتاب في اللقطة، باب إذا وجد تمرة في الطريق.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٠٧١) ٢: ٧٥٢ كتاب الزكاة، باب تحريم الزكاة على رسول الله ﷺ ...

(٢) في الأصل: ولا يسلو. وما أثبتناه من المغني ٦: ٣٢٥.

ولأن التعريف في الحول الثاني يحصل بـه المقصـود على نعـت مـن القصـور . فيجـب الإتيـان بـه ؛ لقولـه عليـه السـلام : «إذا أمرتكـم بـأمر فـأتوا منـه مـا استطعتم»[1] .

فعلى هذا إن أخر التعريف بعض الحول أتى بالتعريف في بقيته وأتمه من الحول الثاني ، وعلى كلا القولين لا يملكها بالتعريف فيما عدا الحـول الأول ؛ لأن شـرط الملك التعريف في الحـول الأول و لم يوجـد . وهـل لـه أن يتصـدق بهـا أو يحبسـها عنده ؟ على روايتين .

قال صاحب المغني : ويحتمل دفعها إلى الحـاكم كقولنـا فيمـا إذا التقـط مـا لا يجوز التقاطه ، ولو ترك التعريف في بعض الحـول الأول لم يملكهـا أيضـاً بـالتعريف فيما بعده ؛ لأن الشرط لم يكمل . وعدم بعض الشرط كعدم جميعه ؛ كما لو أخل ببعض الطهارة أو ببعض السترة في الصلاة .

وإن ترك التعريف في الحول الأول لعجزه عنه مثل : أن يتركه لمرض أو حبس أو نسيان ونحوه ففيه وجهان :

أحدهما : أن حكمه حكم ما لـو تركـه مـع إمكانـه ؛ لأن تعريفـه في الحـول سبب الملك والحكم ينتفي لانتفاء سببه ، سواء انتفى لعذر أو غير عذر .

والثاني : أنه يعرفه في الحول الثاني ويملكه ؛ لأنه لم يؤخر التعريف عـن وقـت إمكانه . فأشبه ما لو عرفه في الحول الأول .

مسألة : **(فإن جاء ربها وإلا كانت كسائر ماله)** .

أما إذا عرّف اللقطـة حـولاً فلـم تُعْـرَف مَلَكهـا مُلتقطهـا وصـارت مـن مالـه كسائر أمواله ، غنياً كـان الملتقـط أو فقـيراً ، روي ذلـك عـن عمـر وابـن مسـعود وعائشة ، وبه قال الشافعي ؛ لقول النبي ﷺ في حديـث زيـد بـن خـالد : «فـإن لم تعرف فاستنفقها»[2] ، وفي لفـظ : «وإلا فهـي كسـبيل مـالك»[3] ، وفي لفـظ :

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٨٥٨) ٦: ٢٦٥٨ كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن رسول الله ﷺ.

(٢) سبق ذكر حديث زيد بن خالد ص: ١٨٦.

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٠٦) ٢: ٨٣٧ كتاب اللقطة، باب اللقطة.

«فكلها»[1]، وفي لفظ: «فانتفع بها»، وفي لفظ: «فشأنك بها»[2]. وفي حديث أبي بن كعب: «فاستنفقها»[3]، وفي لفظ: «فاستمتع بها»[4] وهو حديث صحيح.

ولأن من ملك بالقرض ملك اللقطة؛ كالفقير. ومن جاز له الالتقاط ملك به بعد التعريف؛ كالفقير.

فصل

وتدخل اللقطة في ملكه عند تمام التعريف حكماً كالميراث. هذا ظاهر كلام الخرقي؛ لقوله: وإلا كانت كسائر ماله، وكذلك قال أحمد في رواية الجماعة: إذا جاء صاحبها وإلا كانت كسائر ماله، واختار أبو الخطاب أنها لا تدخل في ملكه حتى يختار؛ لأن هذا تمليك بعوض. فلم يحصل إلا باختيار المتملك كالشراء.

والأول أصح؛ لقوله عليه السلام: «فإن جاء صاحبها وإلا فهي كسبيل مالك»[5]، وقوله: «فاستنفقها»[6] ولو وقف ملكها على تملكها لبينه له. ولم يجوّز له التصرف قبله. وفي لفظ: «فهي لك»[7]، وفي لفظ: «كلها»[8] وهذه الألفاظ كلها تدل على ما قلنا.

ولأن الالتقاط والتعريف سبب للملك. فإذا أتم وجب أن يثبت به الملك حكماً؛ كالإحياء والاصطياد.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٢٢) ٣: ١٣٤٩ كتاب اللقطة. ولفظه: «ثم كلها».

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٤٣) ٢: ٨٣٦ كتاب المساقاة، باب شرب الناس والدواب من الأنهار. وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧٢٢) ٣: ١٣٤٧ كتاب اللقطة.

(٣) سبق ذكر حديث أبي بن كعب ص: ١٨٧. ولا يوجد فيه هذا اللفظ، وهذا اللفظ من حديث زيد بن خالد وقد سبق.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٢٣) ٣: ١٣٥٠ كتاب اللقطة.

(٥) سبق تخريجه ص: ١٩١.

(٦) سبق تخريجه ص: ١٩١.

(٧) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٢٢) ٣: ١٣٤٩ كتاب اللقطة.

(٨) سبق قريباً.

ولأنه سبب يملك به . فلم يقف الملك بعده على قوله ولا اختياره ؛ كسائر الأسباب . وذلك لأن المكلف ليس إليه إلا مباشرة الأسباب . فإذا أتى بها ثبت الحكم قهراً وجبراً من الله غير موقوف على اختيار المكلف . وأما الاقتراض فهو السبب في نفسه فلم يثبت الملك بدونه .

فصل

وتملك اللقطة ملكاً مراعى يزول بمجيء صاحبها . ويضمن له بدلها إن تعذر ردها . والظاهر : أنه يملكها بغير عوض يثبت في ذمته . وإنما يتجدد وجوب العوض بمجيء صاحبها كما يتجدد زوال الملك عنها بمجيئه ، وكما يتجدد وجوب نصف الصداق للزوج أو بدله إن تعذر ثبوت الملك فيه بالطلاق ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي .

وقال القاضي وأصحابه وأكثر الشافعية : لا يملكها إلا بعوض يثبت في ذمته لصاحبها . بدليل أنه يملك المطالبة به فأشبه القرض .

ووجه الأول : قول النبي ﷺ : «فإن جاء صاحبها وإلا فهي مال الله يؤتيه من يشاء»[1] ، فجعلها من المباحات .

ولأنه لو مات لم يعزل من تركته بدلها ولا يستحق أن يأخذ من الزكاة بسبب الغرم ولا يلزمه أن يوصي به ولا يمتنع وجوب الزكاة في ماله بسبب الدين ولا يثبت شيء من أحكام الدين في حقه ، وانتفاء أحكامه دليل على انتفائه .

وقال القاضي : يمنع ذلك وجوب الزكاة .

ولأنه لو ملكها بعوض لم يزل ملكه عنها بمجيء صاحبها ، ولو وقف ملكه لها على رضاه بالمعاوضة واختياره لأحدهما كالقرض والأمر بخلاف ذلك وإنما يستحق صاحبها المطالبة بعد مجيئه بشرط تلفها فإنها لو كانت موجودة لأخذها و لم يستحق لها بدلاً ، وإن كانت تالفة تجدد له ملك المطالبة ببدلها كما يتجدد له

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٧٠٩) ٢: ١٣٦ كتاب اللقطة، باب في الشح.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٠٥) ٢: ٨٣٧ كتاب اللقطة، باب اللقطة.



الملك فيها لو كانت موجودة، وكما يتجدد له الملك في نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول وفي بدله إن كان معدوماً. وهذا أشبه بمسألتنا، وبه يبطل ما ذكروه، وأما القرض فإنه لما ثبت بدله في الذمة لم يعد الملك له في المقرض إلا برضى المقترض واختياره.

فصل

وكل ما جاز التقاطه ملك بالتعريف عند تمامه، أثماناً كانت أو غيرها. هذا ظاهر كلام الخرقي فإن لفظه عام في كل لفظ.

وقال الشريف ابن أبي موسى: هل حكم العروض في التعريف وجواز التصرف فيها بعد ذلك حكم الأثمان؟ على روايتين، أظهرهما أنهما كالأثمان، ولا نعلم من كثير أهل العلم فرقاً بين الأثمان والعروض في ذلك.

وقال أكثر أصحابنا: لا تملك العروض بالتعريف.

قال القاضي: نص أحمد على هذا في رواية الجماعة واختلفوا فيما يصنع بها فقال أبو بكر وابن عقيل: يعرفها أبداً. وقال القاضي: هو بالخيار بين أن يقيم على تعريفها حتى يجيء صاحبها وبين دفعها إلى الحاكم ليرى رأيه فيها وهل له بيعها بعد الحول ويتصدق بها؟ على روايتين.

وقال الخلال كل: من روى عن أحمد أنه يعرفه سنة ويتصدق به والذي نقل أنه يعرف أبداً قول قديم رجع عنه، واحتجوا بما روي عن ابن عمر وابن عباس وابن مسعود مثل قولهم.

ولأنها لقطة لا تملك في الحرم. فلا تملك في غيره؛ كالإبل.

ولأن الخبر ورد في الأثمان وغيرها لا يساويها؛ لعدم الغرض المتعلق بعينها فمثلها يقوم مقامها من كل وجه بخلاف غيرها.

والأول أصح؛ لعموم الأحاديث في اللقطة جميعها، فإن النبي ﷺ سئل عن اللقطة فقال: «عرفها سنة -ثم قال في آخره-: فانتفع بها، أو فشأنك بها»[1].

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٩٢.

ولأن ما جاز التقاطه ملك بالتعريف ؛ كالأثمان . وما حكوه عن الصحابة إن صح فقد حكينا عن عمر وابنه خلافه . وقولهم : أنها لقطة لا تملك في الحرم ممنوع ، ثم هو منقوض بالأثمان ، ولا يصح قياسها على الإبل ؛ لأن معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يأتيها ربها ولا يوجد ذلك في غيرها .

ولأن الإبل لا يجوز التقاطها فلا تملك به وهاهنا يجوز التقاطها وتملك به كالأثمان ، ثم إذا لم تملك في الحرم لا تملك في الحل ، وذلك لأن الحرم ميز بكون لقطته لا يلتقطها إلا منشد ، ولهذا لم تملك الأثمان بالتقاطه فيه فلا يلزم أن لا تملك في موضع لم يوجد المانع فيه .

وقولهم : إن النص خاص في الأثمان .

قلنا : بل هو عام في كل لقطة فيجب العمل بعمومه ، وإن ورد فيها نص خاص فقد روي خبر عام فيعمل بهما ثم قد روينا نصاً خاصاً في العروض فيجب العمل به كما وجب العمل بالخاص في الأثمان ، ثم لو اختص الخبر بالأثمان لوجب أن يقاس عليها ما كان في معناها كسائر النصوص التي عقل معناها ووجد في غيرها وهاهنا قد وجد المعنى فيجب قياسه على المنصوص عليه ، أو نقول إن المعنى هاهنا آكد فيثبت الحكم فيه بطريق التنبيه . بيانه أن الأثمان لا تتلف بمضي الزمان عليها وانتظار صاحبها بها أبداً والعروض تتلف بذلك ففي النداء عليها دائماً هلاكها وضياع ماليتها على صاحبها وملتقطها وسائر الناس في إباحة الانتفاع بها وملكها بعد التعريف حفظ لماليتها على صاحبها بدفع قيمتها إليه ونفع لغيره فيجب ذلك لنهي النبي ﷺ عن إضاعة المال ، ولما فيه من المصلحة والحفظ لمال المسلم عليه وعلى أخيه .

ولأن في إثبات الملك فيها حثاً على التقاطها وحفظها وتعريفها ؛ لكونه وسيلة إلى الملك المقصود للآدمي وفي نفي ملكها تضييع لها ؛ لما في التقاطها من الخطر والمشقة والكلفة من غير نفع يصل إليه فيؤدي إلى أن لا يلتقطها أحد لتعريفها فتضيع ، وما ذكروه في الفرق ملغي بالشاة فقد ثبت الملك فيها مع هذا الفرق ، ثم يمكننا أن نقيس على الشاة فلا يحصل هذا الفرق بين الأصل والفرع .

ثم نقلب دليلهم فنقول لقطة لا تملك في الحرم فما أبيح التقاطه منها ملك إذا كان في الحل كالإبل.

فصل

وظاهر كلام أحمد والخرقي: أن لقطة الحل والحرم سواء، وروي ذلك عن ابن عمر وابن عباس وعائشة، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك.

وعن أحمد رواية أخرى: أنه لا يجوز التقاط لقطة الحرم للتمليك وإنما يجوز حفظها لصاحبها، فإن التقطها عرفها أبداً حتى يأتي صاحبها. وعن الشافعي كالمذهبين.

والحجة لهذا القول؛ قول النبي ﷺ في مكة: «لا تَحلُّ ساقطتُها إلا لمُنْشِد»[1] أخرجاه.

قال أبو عبيد: المنشد المعرّف، والناشد الطالب. فيكون معناه: لا تحل لقطة مكة إلا لمن يعرفها؛ لأنها خصت بهذا من بين سائر البلدان.

ووجه الرواية الأولى عموم الأحاديث وأنه أحد الحرمين. فأشبه حرم المدينة.

ولأنها أمانة. فلم يختلف حكمها بالحل والحرم كالوديعة.

وقول النبي ﷺ: «إلا لمنشد» يحتمل أن يريد إلا لمن عرفها عاماً وتخصيصها بذلك لتأكيدها لا لتخصيصها؛ كقوله عليه السلام: «ضالَّةُ المسلم حَرَقُ النار»[2]، وضالة الذمي مقيسة عليها.

مسألة: **(وحفظ وكائها وعفاصها وحفظ عددها وصفتها)**.

الأصل في هذا: قول النبي ﷺ في حديث زيد بن خالد: «اعرف وكاءها وعفاصها»[3].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٠٢) ٢: ٨٥٧ كتاب في اللقطة، باب كيف تعرف لقطة أهل مكة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٥٥) ٢: ٩٨٨ كتاب الحج، باب تحريم مكة وصيدها...

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١٨٨١) ٤: ٣٠١ كتاب الأشربة، باب ما جاء في النهي عن الشرب قائماً.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٠٢) ٢: ٨٣٦ كتاب اللقطة، باب ضالة الإبل والبقر والغنم.

(٣) سبق تخريج حديث زيد بن خالد ص: ١٨٦.

وفي حديث أبي بن كعب : «اعرف عفاصها ووكاءها وعددها ثم عرّفها سنة»[1].

وفي لفظ عن أبي بن كعب أنه قال : «وجدت مائة دينار فأتيت بها النبي ﷺ فقال : عرفها حولاً فعرفتها حولاً فلم تعرف فرجعت إليه فقال : اعرف عدتها ووعاءها ووكاءها واخلطها بمالك فإن جاء ربها فأدّها إليه»[2] ففي الحديث أنه أمره بمعرفة صفاتها بعد التعريف وفي غيره أمر بمعرفتها حين التقاطها قبل التعريف وهو الأولى ليحصل عنده علم ذلك ، فإذا جاء صاحبها فنعتها غلب على ظنه صدقه فيجوز الدفع إليه حينئذ ، وإن أخر معرفة ذلك إلى حين مجيء باغيها جاز ؛ لأن المقصود يحصل بمعرفتها حينئذ وإن لم يجيء طالبها فأراد التصرف فيها بعد الحول لم يجز له حتى يعرف صفاتها ؛ لأن عينها تنعدم بالتصرف فلا يبقى له سبيل إلى معرفة صفاتها إذا جاء صاحبها وكذلك إن خلطها بماله على وجه لا تتميز منه فيكون أمر النبي ﷺ لأبيّ بمعرفة صفاتها عند خلطها بماله أمر إيجاب مضيّق ، وأمره لزيد بن خالد بمعرفة ذلك حين الالتقاط واجباً موسّعاً .

قال القاضي : ينبغي أن يعرف جنسها دراهم أو دنانير ونوعها ، فإن كانت ثياباً عرف لفافتها وجنسها ويعرف قدرها بالكيل أو بالوزن أو بالعدد أو بالذرع ويعرف العقدَ عليها هل هو عقد واحد أو أكثر أنشوطة[3] أو غيرها ، ويعرف صمام القارورة التي تدخل رأسها وعفاصها الذي تلبسه .

مسألة : **(فإن جاء ربها فوصفها دفعت إليه بلا بينة)** .

---

(١) سبق تخريج حديث أبي بن كعب ص: ١٨٦.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١٣٧٤) ٣: ٦٥٨ كتاب الأحكام، باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل والغنم.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٠٤١٦) ٥: ١٢٦.

(٣) في الأصل: بشوطة. وما أثبتناه من المغني ٦: ٢٣٤.

يعني: إذا وصفها بصفاتها المذكورة دفعها إليه، سواء غلب على ظنه صدقه أو لم يغلب، وبهذا قال مالك؛ لقول النبي ﷺ: «فإن جاءك أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها فادفعها إليه»[1].

قال ابن المنذر: هذا الثابت عن رسول الله ﷺ وبه أقول.

وفي حديث زيد: «اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرّفها سنة، فإن لم تعرف فاستنفقها. وإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدّها إليه»[2] يعني: إذا ذكر صفاتها؛ لأن ذلك هو المذكور في صدر الحديث ولم يذكر البينة في شيء من الحديث ولو كانت شرطاً للدفع لم يجز الإخلال به ولا الأمر بالدفع بدونه.

ولأن إقامة البينة على اللقطة تتعذر؛ لأنها إنما تسقط حال الغفلة والسهو فتوقف دفعها عليها منع لوصولها إلى صاحبها أبداً وهذا يفوت مقصود الالتقاط ويفضي إلى تضييع أموال الناس وما هذا سبيله يسقط اعتبار البينة فيه؛ كالإنفاق على اليتيم، والجمع بين هذا القول وبين تفضيل الالتقاط على تركه متناقض جداً؛ لأن الالتقاط حينئذ يكون تضييعاً لمال المسلم يقيناً وإتعاباً لنفسه بالتعريف الذي لا يفيد والمخاطرة بدينه بتركه الواجب من تعريفها، وما هذا سبيله يجب أن يكون حراماً فكيف يكون فاضلاً.

وعلى هذا نقول: لو لم يجب دفعها بالصفة لم يجز التقاطها؛ لما ذكرناه.

مسألة: **(أو مثلها إن كانت قد استهلكت)**.

أما اللقطة في الحول فأمانة في يد الملتقط إن تلفت بغير تفريطه أو نقصت فلا ضمان عليه؛ كالوديعة. ومتى جاء صاحبها فوجدها أخذها بزيادتها المتصلة والمنفصلة؛ لأنها نماء ملكه، وإن أتلفها الملتقط أو تلفت بتفريطه ضمنها بمثلها إن كانت من ذوات الأمثال وبقيمتها إن لم يكن لها مثل، لا نعلم في هذا خلافاً، وإن

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٠٦) ٢: ٨٥٩ كتاب اللقطة، باب من عرف اللقطة ولم يدفعها إلى السلطان.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧٢٣) ٣: ١٣٥٠ كتاب اللقطة.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٨٦.

تلفت بعد الحول ثبت في ذمته مثلها أو قيمتها بكل حال ؛ لأنها دخلت في ملكه وتلفت من ماله ، وسواء فرط في حفظها أو لم يفرط .

وإن وجد العين ناقصة وكان نقصها بعد الحول أخذ العين وأرش نقصها ؛ لأن جميعها مضمون إذا تلفت فكذلك إذا نقصت ، وهذا قول أكثر العلماء الذين حكموا بملكه لها بمضي حول التعريف . وأما من قال : لا يملكها حتى يتملكها لم يضمنه إياها حتى يتملكها وحكمها قبل تملكه إياها[1] حكمها قبل مضي حول التعريف .

وإن وجد العين زائدة بعد الحول زيادة متصلة أخذها بزيادتها ؛ لأنها تتبع في الرد بالعيب والإقالة فتبعت هاهنا ، وإن حدث بعد الحول لها نماء منفصل فهو للملتقط ؛ لأنه نماء ملكه متميز لا يتبع في الفسوخ . فكان له ؛ كنماء المبيع إذا رد بعيب .

وذكر أبو الخطاب فيه وجهاً آخر بناء على المفلس إذا استرجعت منه العين بعد أن زادت زيادة متميزة ، والولد إذا استرجع أبوه ما وهب له بعد زيادته .

والصحيح : أن الزيادة للملتقط ؛ لما ذكرناه ، وكذلك الصحيح في الموضعين اللذين ذكرهما : أن الزيادة لمن حدثت في ملكه ثم الفرق بينهما أنه في مسألتنا يضمن النقص فتكون له الزيادة ليكون الخراج بالضمان وثم لا ضمان عليه فأمكن أن لا يكون الخراج له .

ومتى اختلفا في القيمة أو المثل فالقول قول الملتقط مع يمينه ؛ لأن الأصل براءة ذمته مما حلف عليه .

فصل

ومن أخذت ثيابه من الحمام ووجد بدلها أو أخذ مداسه وترك له بدله لم يملكه بذلك . قال أبو عبدالله فيمن سرقت ثيابه ووجد غيرها : لم يأخذها فإن أخذها عرفها سنة ثم تصدق بها ، إنما قال ذلك ؛ لأن سارق الثياب لم تجر بينه

(١) زيادة من المغني ٦: ٣٤٠.

وبين مالكها معاوضة تقتضي زوال ملكه عن ثيابه فإذا أخذها فقد أخذ مال غيره ولا يعرف صاحبه فيعرفه كاللقطة.

قال صاحب المغني: ويحتمل أن ينظر في هذا فإن كانت ثَمَّ قرينة تدل على السرقة بأن تكون ثيابه أو مداسه خيراً من المتروكة وكانت مما لا تشتبه[1] على الآخذ بثيابه ومداسه فلا حاجة إلى التعريف؛ لأن التعريف إنما جعل في المال الضائع عن ربه ليعلم به ويأخذه وتارك هذا عالم به راض ببدله عوضاً عما أخذه ولا يعترف أنه له فلا يحصل من تعريفه فائدة فإذا ليس هو بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص. وفيما يصنع به ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يتصدق بها على ما ذكرنا.

الثاني: أنه يباح له أخذها؛ لأن صاحبها في الظاهر تركها له باذلاً إياها له عوضاً عما أخذه فصار كالمبيح له أخذها بلسانه فصار كمن قهر إنساناً على أخذ ثوبه ودفع إليه درهماً.

الثالث: أن يرفعها إلى الحاكم ليبيعها ويدفع إليه ثمنها عوضاً عن ماله.

والوجه الثاني أقرب إلى الرفق بالناس؛ لأن فيه نفعاً لمن سرقت ثيابه بحصول عوض عنها ونفعاً للسارق بالتخفيف عنه من الإثم وحفظاً لهذه الثياب المتروكة من الضياع، وقد أباح الشافعي وبعض أصحابنا لمن له على إنسان حق من دين أو غصب أن يأخذ من مال من عليه الحق بقدر ما عليه إذا عجز عن استيفائه بغير ذلك فهاهنا مع رضى من عليه الحق بأخذه أولى، وإن كانت ثم قرينة دالة على أن الآخذ للثياب إنما أخذها ظناً منه أنها ثيابه مثل: أن تكون المتروكة خيراً من المأخوذة أو مثلها وهي مما تشتبه بها فينبغي أن يعرفها هاهنا؛ لأن صاحبها لم يتركها عمداً فهي بمنزلة الضائعة منه، والظاهر أنه إذا علم بها أخذها ورد ما كان أخذه فتصير كاللقطة في المعنى وبعد التعريف إذا لم تعرف ففيها الأوجه التي ذكرناها، إلا أنا إذا قلنا يأخذها أو يبيعها الحاكم ويدفع إليه ثمنها فإنما يأخذ بقدر

---

(١) في الأصل: مما تشتبه. وما أثبتناه من المغني ٦: ٣٤٦.

قيمة ثيابه لا يزيد عليها ؛ لأن الزائد فاضل عما يستحقه و لم يرض صاحبها بتركها عوضاً عما أخذه فإنه لم يأخذ غيرها اختياراً منه لتركها ولا رضي بالمعاوضة بها ، وإذا قلنا أنه يدفعها إلى الحاكم ليبيعها ويدفع إليه ثمنها فله أن يشتريها بثمن في ذمته ويسقط عنه من ثمنها ما قابل ثيابه ويتصدق بالباقي .

مسألة : **(وإن كان الملتقط قد مات كان صاحبها غريماً بها)** .

أما الملتقط إذا مات واللقطة موجودة بعينها قام وارثه مقامه في إتمام تعريفها إن مات قبل الحول ويملكها بعد إتمام التعريف ، وإن مات بعد الحول ورثها الوارث كسائر أموال الميت . ومتى جاء صاحبها أخذها من الوارث كما يأخذها من الموروث وإن كانت معدومة العين فصاحبها غريم للميت بمثلها إن كانت من ذوات الأمثال أو بقيمتها إن لم تكن كذلك فيأخذ ذلك من تركته إن اتسعت لذلك وإن ضاقت التركة زاحم الغرماء ببدلها ، سواء تلفت بعد الحول بفعله أو بغير فعله ؛ لأنها قد دخلت في ملكه بمضي الحول ، وإن علم أنها تلفت قبل الحول بغير تفريطه فلا ضمان عليه ولا شيء لصاحبها ؛ لأنها أمانة في يده تلفت بغير تفريطه . فلم يضمنها ؛ كالوديعة . وكذلك إن تلفت بعد الحول قبل تملكها من غير تفريط على رأي من رأى أنها لا تدخل في ملكه حتى يتملكها وقد مضى الكلام في ذلك . فأما إن لم يعلم تلفها ولم يجدها في تركته فظاهر كلام الخرقي : أن صاحبها غريم بها ، سواء كان قبل الحول أو بعده ؛ لأن الأصل بقاؤها .

قال صاحب المغني : ويحتمل أن لا يلزم الملتقط شيء ويسقط حق صاحبها ؛ لأن الأصل براءة ذمة الملتقط منها ، ويحتمل أن تكون تلفت بغير تفريطه فلا تشتغل ذمته بالشك ، قال : ويحتمل أنه إن كان الموت قبل الحول فلا شيء عليه ؛ لأنها كانت أمانة عنده ولم تعلم خيانته فيها والأصل براءة ذمته منها ، وإن مات بعد الحول فهي في تركته ؛ لأن الأصل بقاؤها إلى ما بعد الحول ودخولها في ملكه ووجوب بدلها عليه .

فإن قيل : فقد قلتم إن صاحبها لو جاء بعد بيع الملتقط لها أو هبته لم يكن له إلا بدلها فلم قلتم أنها إذا انتقلت إلى الوارث يملك صاحبها أخذها ؟

قلنا : لأن الوارث خليفة الموروث وإنما يثبت له الملك فيها على الوجه الذي كان ثابتاً لموروثه وملك موروثه فيها كان مراعاً مشروطاً بعدم مجيء صاحبها فكذلك ملك وارثه بخلاف ملك المشتري والمتهب فإنهما يملكان ملكاً مستقراً .

مسألة : **(وإن كان صاحبها جعل لمن وجدها شيئاً معلوماً فله أخذه إن كان التقطها بعد أن بلغه الجعل)** .

أما الجعالة في رد الضالة والآبق وغيرهما فجائزة ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً .

والأصل فيه قول الله تعالى : ﴿وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف :٧٢] .

وعن أبي سعيد : «أن ناساً من أصحاب رسول الله ﷺ أتوا حياً من أحياء العرب فلم يَقرُوهم فبينما هم كذلك ، إذ لُدغ سيد أولئك فقالوا : هل فيكم رَاق ؟ فقالوا : لم تَقرُونا فلا نفعل حتى تجعلوا لنا جُعلاً فجعلوا لهم قطيع شياه . فجعل رجل يقرأ بأم القرآن ويجمع بُزاقَه ويتفُل فبرأ الرجل فأتوهم بالشاء فقالوا : لا نأخذها حتى نسأل عنها رسول الله فسألوا النبي ﷺ فقال : وما أدراك أنها رُقية ؟ خذوها واضربوا لي معكم بسهم»[1] رواه الجماعة إلا النسائي .

ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك فإن العمل قد يكون مجهولاً ؛ كرد الآبق والضالة ونحو ذلك فلا تنعقد الإجارة فيه والحاجة داعية إلى ردهما وقد لا يوجد من يتبرع به فدعت الحاجة إلى إباحة بذل الجعل فيه مع جهالة العمل ؛ لأنها غير لازمة بخلاف الإجارة ، ألا ترى أن الإجارة لما كانت لازمة افتقرت إلى تقدير مدة . والعقود الجائزة كالشركة والوكالة لا يجب تقدير مدتها .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٤٠٤) ٥: ٢١٦٦ كتاب الطب، باب الرقى بفاتحة الكتاب.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٢٠١) ٤: ١٧٢٧ كتاب السلام، باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار.
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٤١٨) ٣: ٢٦٥ كتاب البيوع، باب في كسب الأطباء.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٢٠٦٣) ٤: ٣٩٨ كتاب الطب، باب ما جاء في أخذ الأجر على التعويذ.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٥٦) ٢: ٧٢٩ كتاب التجارات، باب أجر الراقي.
وأخرجه أحمد في مسنده (١١٠٠٦) طبعة إحياء التراث.

ولأن الجائزة لكل واحد منهما تركها فلا يؤدي إلى أن يلزمه بجهول عنده بخلاف اللازمة .

إذا ثبت هذا فإذا قال : من رد عليَّ ضالتي أو عبدي الآبق أو خاط لي هذا القميص أو بنى لي هذا الحائط فله كذا وكذا صح وكان عقداً جائزاً ، لكل واحد منهما الرجوع فيه قبل حصول العمل ، لكن إن رجع الجاعل قبل التلبس بالعمل فلا شيء عليه ، وإن رجع بعد التلبس به فعليه للعامل أجرة مثله ؛ لأنه إنما عمل بعوض فلم يسلم له . وإن فسخ العامل قبل إتمام العمل فلا شيء له ؛ لأنه أسقط حق نفسه حيث لم يأت بما شرط عليه العوض ، ويصير كعامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح . ولا بد أن يكون العوض معلوماً ، والفرق بينه وبين العمل من وجهين :

أحدهما : أن الحاجة تدعو إلى كون العمل مجهولاً بأن لا يعلم موضع الضالة والآبق ولا حاجة إلى جهالة العوض .

الثاني : أن العمل لا يصير لازماً فلم يجب كونه معلوماً والعوض يصير لازماً بإتمام العمل فوجب كونه معلوماً .

قال صاحب المغني : ويحتمل أن تجوز الجعالة مع جهالة العوض إذا كانت الجهالة لا تمنع التسليم ، نحو أن يقول : من رد عبدي الآبق فله نصفه ومن رد ضالتي فله ثلثها فإن أحمد قال : إذا قال الأمير في الغزو : من جاء بعشرة رؤوس فله رأس جاز ، وقال : إذا جعل جعلاً لمن يدلّه على قلعة أو طريق سهل وكان الجعل من مال الكفار جاز أن يكون مجهولاً ؛ كجارية يعينها العامل فتخرج هاهنا مثله . وأما إن كانت الجهالة تمنع التسليم لم تصح الجعالة وجهاً واحداً . وإن كان العمل معلوماً مثل أن يقول : من رد عبدي من البصرة أو بنى لي هذا الحائط أو خاط قميصي هذا فله كذا صح ؛ لأنه إذا صح مع الجهالة فمع العلم أولى .

وإن علقه بمدة معلومة فقال : من رد عليّ عبدي من العراق في شهر فله دينار ، أو من خاط قميصي في هذا اليوم فله درهم صح ؛ لأن المدة إذا جازت مجهولة فمع التقدير أولى .

فإن قيل: الصحيح من المذهب: أن مثل هذا لا يجوز في الإجارة فكيف أجزتموه في الجعالة؟

قلنا: الفرق بينهما من وجوه:

أحدها: أن الجعالة يحتمل فيها الغرر وتجوز مع جهالة العمل والمدة بخلاف الإجارة.

الثاني: أن الجعالة عقد جائز فلا يلزمه بالدخول فيها مع الغرر ضرر بخلاف الإجارة فإنها[1] عقد لازم فإذا دخل فيها مع الغرر لزمه ذلك.

الثالث: أن الإجارة إذا قدرت بمدة لزمه العمل في جميعها ولا يلزمه العمل بعدها. فإذا جمع بين تقدير المدة والعمل فربما عمله قبل المدة، فإن قلنا يلزمه العمل في بقية المدة فقد لزمه من العمل أكثر من المعقود عليه، وإن قلنا لا يلزمه فقد خلا بعض المدة من العمل، فإن انقضت المدة قبل عمله فألزمناه إتمام العمل فقد لزمه العمل في غير المدة المعقود عليها، وإن قلنا لا يلزمه العمل فما أتى بالمعقود عليه من العمل بخلاف مسألتنا فإن العمل الذي يستحق به الجعل هو عمل مقيد بمدة إن أتى به استحق الجعل و لم يلزمه شيء آخر، وإن لم يف به فيها فلا شيء له.

إذا ثبت هذا فإنما يستحق الجعل من عمل العمل بعد أن بلغه ذلك؛ لأنه عوض يستحق بعمل فلا يستحقه من لم يعمل[2]؛ كالأجر في الإجارة.

فصل

والجعالة تساوي الإجارة في اعتبار العلم بالعوض، وما كان عوضاً في الإجارة جاز أن يكون عوضاً في الجعالة وما لا فلا، وفي أن ما جاز أخذ العوض عليه في الإجارة من الأعمال جاز أخذه عليه في الجعالة، وما لا يجوز أخذ الأجرة عليه في الإجارة مثل الغناء والزمر وسائر المحرمات لا يجوز أخذ الجعل عليه، وما يختص فاعله أن يكون من أهل القربة مما لا يتعدى نفعه فاعله؛ كالصلاة والصيام

(١) في الأصل: فإنه. وما أثبتناه من المغني ٦: ٣٥٢.
(٢) في الأصل: يسلم. وما أثبتناه من المغني ٦: ٣٥٢.

لا يجوز أخذ الجعل عليه ، فإن كان مما يتعدى ؛ كالأذان والإقامة والحج ففيه وجهان كالروايتين في الإجارة . ويفارق الإجارة في أنه عقد جائز وهي لازمة وأنه لا يعتبر العلم بالمدة ولا بمقدار العمل ولا يعتبر وقوع العقد مع واحد معين .

فعلى هذا متى شرط عوضاً مجهولاً ؛ كقوله : إن رددت عبدي فلك ثوب أو فلك سلبه ، أو شرط عوضاً محرماً ؛ كالخمر والخنزير ، أو غير مقدور عليه ؛ كقوله : من رد عبدي فله ثلثه ، أو من رد عبديَّ فله أحدهما فردهما إنسان استحق أجر المثل ؛ لأنه عمل عملاً بعوض لم يسلم له . فاستحق أجراً ؛ كما في الإجارة .

فصل

ومن رد لقطة أو ضالة أو عمل لغيره عملاً غير رد الآبق بغير جعل لم يستحق عوضاً لا نعلم في هذا خلافاً ؛ لأنه عمل يستحق به العوض مع المعاوضة فلا يستحق به مع عدمها كالعمل في الإجارة فإن اختلفا في الجعل فقال : جعلت لي في رد لقطتي كذا فأنكر المالك فالقول قوله مع يمينه ؛ لأن الأصل معه . وإن اتفقا على العوض واختلفا في قدره فالقول قول المالك ؛ لأن الأصل عدم الزائد المختلف فيه .

ولأن القول قوله في أصل العوض فكذلك في قدره ؛ كرب المال في المضاربة ، ويحتمل أن يتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن والأجير والمستأجر إذا اختلفا في قدر الأجر .

فعلى هذا إن تحالفا فسخ العقد ووجب أجر المثل وكذلك الحكم إن اختلفا في المسافة فقال : جعلت لك الجعل على ردها من حلب ، فقال : بل عليّ ردها من حران ، وإن اختلفا في عين العبد الذي جعل الجعل في رده فقال : رددت العبد الذي شرطت لي الجعل فيه فقال : بل شرطت لك الجعل في العبد الذي لم ترده فالقول قول المالك ؛ لأنه أعلم بشرطه .

ولأنه ادعى عليه شرطاً في هذا العقد فأنكره ، والأصل عدم الشرط .

فصل

وأما العبد الآبق فإنه يستحق الجعل برده وإن لم يشرط له. روي هذا عن عمر وعلي وابن مسعود وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك.

وعن أحمد: لا جعل في رد الآبق أيضاً إلا بالشرط وهو ظاهر قول الخرقي فإنه قال: وإذا أبق العبد فلمن جاء به إلى سيده ما أنفق عليه، ولم يذكر جعلاً، وضعّف أحمد الحديث في رد الآبق ممن قال: لا جعل له من غير شرط الشافعي؛ لأنه عمل لغيره عملاً من غير أن يشرط له عوضاً. فلم يستحق شيئاً؛ كما لو رد جمله الشارد.

ووجه الرواية الأولى ما روى عمرو بن دينار وابن أبي مليكة أن النبي ﷺ جعل في جُعل الآبق إذا جاء به خارجاً من الحرم ديناراً وأيضاً فإنه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم في زمنهم مخالفاً فكان إجماعاً.

ولأن في شرط الجعل في رده حثاً على رد الإباق وصيانة لهم عن الرجوع إلى دار الحرب وردتهم عن دينهم وتقوية أهل الحرب بهم، فينبغي أن يكون مشروعاً لهذه المصلحة، وبهذا فارق رد الشارد فإنه لا يفضي إلى ذلك. والرواية الأخرى أقرب إلى الصحة؛ لأن الأصل عدم الوجوب، والخبر المروي في هذا مرسل، وفيه مقال ولم يثبت الإجماع فيه ولا القياس فإنه لم يثبت اعتبار الشرع لهذه المصلحة المذكورة فيه ولا تحققت أيضاً فإنه ليس الظاهر هربهم إلى دار الحرب إلا في المجلوب منها، إذا كانت قريبة وهذا بعيد فيهم.

وأما على الرواية الأولى فقد اختلفت الرواية في قدر الجعل فروي عن أحمد أنه عشرة دراهم أو دينار إن رده من المصر وإن رده من خارجه ففيه روايتان:

إحداهما: يلزمه دينار أو اثنا عشر درهماً للخبر المروي فيه.

ولأن ذلك يروى عن عمر وعلي رضي الله عنهما.

والثانية: له أربعون درهماً إذا رده من خارج المصر. اختارها الخلال، وروى أبو عمرو الشيباني قال: قلت لعبد الله بن مسعود: «إني أصبت عبيداً

أباقاً . فقال : لك أجرٌ وغنيمة . فقلت هذا الأجر فما الغنيمة ؟ قال : من كل رأس أربعون درهماً»[1] .

وهذا يدل على أنه مستفيض في العصر الأول .

قال الخلال : حديث ابن مسعود أصح إسناداً .

مسألة : **(وإن كان التقطها قبل ذلك فردها لعلة الجعل لم يجز له أخذه)** .

إنما كان كذلك ؛ لأنه إذا التقطها قبل أن يبلغه الجعل فقد التقطها بغير عوض وعمل في مال غيره بغير جعْل جعِل له فلا يستحق شيئاً كما لو التقطها و لم يجعل ربها فيها شيئاً . وفارق الملتقط بعد بلوغه الجعل لأنه إنما بذل منافعه بعوض جعل له فاستحقه كالأجير إذا عمل بعد العقد ، وسواء كان التقاطه لها بعد الجعل أو قبله ؛ لما ذكرنا . ولا يستحق أخذ الجعل بردها ؛ لأن الرد واجب عليه من غير عوض . فلم يجز أخذ العوض عن الواجب ؛ كسائر الواجبات . وإنما يأخذه الملتقط في موضع يجوز له أخذه عوضاً عن الالتقاط المباح .

إذا ثبت هذا فإن ملتقطها قبل أن يبلغه الجعل لا يستحق شيئاً ، سواء ردها لعلة الجعل أو لغيره ؛ لأنه إذا لم يستحقه مع قصده إياه وعمله من أجله فلأن لا يستحقه مع عدم ذلك أولى .

وإنما ذكر الخرقي ردها لعلة الجعل ؛ لينبه به على عدم استحقاقه فيما إذا ردها لغير علته[2] ، أو لأن الحاجة إنما تدعو إلى معرفة الحكم فيمن يريد الجعل ، أما من تركه ولا يريده فلا يقع التنازع فيه غالباً .

مسألة : **(وإن كان الذي وجد اللقطة سفيهاً أو طفلاً قام وليه بتعريفها . فإن تمت السنة ضمها إلى مال واجدها)** .

أما الصبي والمجنون والسفيه إذا التقط أحدهم لقطة ثبتت يده عليها ؛ لعموم الأخبار .

---

(١) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٤٩١١) ٨: ٢٠٨ كتاب البيوع، باب الجعل في الآبق.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٠٠ كتاب اللقطة، باب الجعالة.

(٢) في الأصل: لعلته. وما أثبتناه من المغني ٦: ٣٥٩.

ولأن هذا تكسب . فصح منه ؛ كالاصطياد والاحتطاب . وإن تلفت في يده بغير تفريط فلا ضمان عليه ؛ لأنه أخذ ما له أخذه ، وإن تلفت بتفريطه ضمنها في ماله وإذا علم بها وليه لزمه أخذها ؛ لأنه ليس من أهل الحفظ والأمانة فإن تركها في يده ضمنها ؛ لأنه يلزمه حفظ ما يتعلق به حق الصبي وهذا يتعلق به حقه فإذا تركها في يده كان مضيعاً لها وإذا أخذها الولي عرّفها ؛ لأن واجدها ليس من أهل التعريف فإذا انقضت مدة التعريف دخلت في ملك واجدها ؛ لأن سبب الملك تم بشرطه فيثبت الملك له ؛ كما لو اصطاد صيداً ، وهذا مذهب الشافعي .

مسألة : **(وإذا وجدت الشاة بمصر أو بمهلكة فهي لقطة)** .

يعني : أنه يباح أخذها والتقاطها وحكمها إذا أخذها حكم الذهب والفضة في التعريف والملك بعده ، هذا الصحيح من مذهب أحمد وقول أكثر أهل العلم .

قال ابن عبد البر : أجمعوا على أن ضالة الغنم في الموضع المخوف عليها له أكلها وكذلك الحكم في كل حيوان لا يمتنع بنفسه من صغار السباع وهي الثعلب وابن آوى والذئب وولد الأسد ونحوها فما لا يمتنع منها ؛ كفصلان الإبل وعجول البقر وأفلاء الخيل والدجاج والإوز ونحوها يجوز التقاطه .

وعن أحمد رواية أخرى : ليس لغير الإمام التقاطها .

وقال الليث بن سعد : لا أحب أن يقربها إلا أن يحرزها لصاحبها ؛ لقول رسول الله ﷺ : «لا يُؤْوي الضالّة إلا ضال»[1] .

ولأنه حيوان . أشبه الإبل .

والأول أصح ؛ لقوله عليه السلام لما سئل عن الشاة : «خذها فإنها لك أو لأخيك أو للذئب»[2] متفق عليه .

ولأنها يخشى عليها التلف والضياع فأشبه لقطة غير الحيوان ، وحديثنا أخص من حديثهم فنخصه به ، والقياس على الإبل لا يصح فإن النبي ﷺ علل منع التقاطها بأن معها حذاءها وسقاءها وهذا معدوم في الغنم . ثم قد فرق النبي عليه

(١) سيأتي تخريجه ص: ٢١٠.
(٢) هو جزء من حديث زيد بن خالد وقد سبق تخريجه ص: ١٨٦.

السلام بينهما في خبر واحد فلا يجوز الجمع بين ما فرق الشارع بينهما ، ولا قياس ما أمر بالتقاطه على ما منع ذلك منه .

إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يجدها بمصر أو بمهلكة ؛ لأن النبي عليه السلام قال : « خُذْها »[1] و لم يفرق و لم يستفصل ولو افترق الحال لسأل واستفصل .

ولأنها لقطة . فاستوى فيها المصر والصحراء ؛ كسائر اللقطات .

إذا ثبت هذا فإنه متى عرّفها حولاً كاملاً ملكها . وذكر القاضي وأبو الخطاب عن أحمد : أنه لا يملكها . ولعلها الرواية التي منع من التقاطها فيها .

والأول أصح ؛ لقوله عليه السلام : «هي لك أو لأخيك»[2] أضافها إليه بلام التمليك .

ولأنها مباح التقاطها . فملكت بالتعريف ؛ كالأثمان .

ولأن ذلك إجماع . حكاه ابن عبد البر .

مسألة : **(ولا يتعرض لبعير ولا لما فيه قوة يمنع عن نفسه)** .

أما كل حيوان يقوى على الامتناع من صغار السباع وورود الماء فلا يجوز التقاطه ولا التعرض له ، سواء كان لكبر جثته ؛ كالإبل والخيل والبقر ، أو لطيرانه ؛ كالطيور كلها ، أو لسرعته ؛ كالظباء[3] والصيود ، أو بنابه ؛ كالكلاب والفهود .

وقال عمر : «من أخذ ضالة فهو ضال»[4] أي مخطئ ، وبهذا قال الشافعي ؛ لأن النبي عليه السلام لما سئل عنها قال : «ما لك ولها ؟ معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها»[5] .

وسئل عليه السلام فقيل : «يا رسول الله إنا نُصيب هَوَامِيَ الإبل قال : ضالّة المسلم حرق النار»[6] .

---

(١) سبق قريباً.

(٢) سبق قريباً.

(٣) في الأصل: كالضباء. وما أثبتناه من المغني ٦: ٣٦٧.

(٤) أخرجه مالك في الموطأ (٥٠) ٢: ٥٨١ كتاب الأقضية، باب القضاء في الضوال.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٩١ كتاب اللقطة، باب ما يجوز له أخذه وما لا يجوز مما يجده.

(٥) هو جزء من حديث زيد بن خالد وقد سبق تخريجه ص: ١٨٦.

(٦) أخرجه أحمد في مسنده (١٥٨٧٩) طبعة إحياء التراث.

وعن جرير بن عبدا لله «أنه أمر بطرد بقرة لحقت ببقره حتى توارت ، وقال : سمعت النبي ﷺ يقول : لا يُؤوي الضَّالة إلا ضال»[1] رواه أحمد وأبـو داود . وا لله أعلم .

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٧٢٠) ٢: ١٣٩ كتاب اللقطة، باب في الشح.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٠٣) ٢: ٨٣٦ كتاب اللقطة، باب ضالة الإبل والبقر والغنم.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٩١٦٩) ٤: ٣٦٢.

كتاب اللقيط

وهو الطفل المنبوذ ، واللقيط بمعنى الملقوط فعيل بمعنى مفعول ؛ كقولهم : قتيل وجريح وطريد ، والتقاطه واجب ؛ لقوله تعالى : ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى البِرِّ والتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢] .

ولأن فيه إحياء نفسه . فكان واجباً ؛ كإطعامه إذا اضطر ، وإنجائه من الغرق . ووجوبه على الكفاية إذا قام به[1] واحد سقط عن الباقين ، وإن تركه الجميع أثموا كلهم إذا علموا فتركوه مع إمكان أخذه .

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : **(واللقيط حر)** .

هذا قول أكثر أهل العلم .

قال ابن المنذر : أجمع عامة أهل العلم على أن اللقيط حر ، منهم أبو حنيفة ومالك والشافعي ومن تبعهم ؛ لأن الأصل في الآدميين الحرية فإن الله تعالى خلق آدم وذريته أحراراً وإنما الرق لعارض . فإذا لم يعلم ذلك العارض فله حكم الأصل .

مسألة : **(ينفق عليه من بيت المال إن لم يوجد معه شيء ينفق عليه)** .

ومعناه : أن اللقيط إذا لم يوجد معه شيء لم يلزم الملتقط الإنفاق عليه في قول عامة أهل العلم .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن نفقة اللقيط غير واجبة على الملتقط ؛ كوجوب نفقة الولد . وذلك لأن أسباب وجوب النفقة من القرابة والزوجية والملك والولاء منتفية . والالتقاط إنما هو تخليص له من الهلاك وتبرع بحفظه . فلا يوجب ذلك النفقة ؛ كما لو فعله بغير اللقيط .

وتجب نفقته في بيت المال ؛ كما روى سعيد عن سفيان عن الزهري سمع سنيناً أبا جميلة قال : «وجدت ملقوطاً فأتيت به عمر فقال : عريفي يا أمير المؤمنين

---

(١) في الأصل: فيه. وما أثبتناه من المغني ٦: ٣٧٤.

إنه رجل صالح فقال عمر : أكذلك هو ؟ قال : نعم . قال : اذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته »[1] ، وفي رواية : « من بيت المال »[2] .

ولأن بيت المال وارثه وماله مصروف إليه . فتكون نفقته عليه ؛ كقرابته ومولاه . فإن تعذر الإنفاق عليه من بيت المال لكونه لا مال فيه أو كان في مكان لا إمام فيه ، أو لم يعط شيئاً فعلى من علم حاله من المسلمين الإنفاق عليه ؛ لقوله تعالى : ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى البِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة :٢] .

ولأن في ترك الإنفاق عليه هلاكه ، وحفظه عن ذلك واجب ؛ كإنقاذه من الغرق . وهذا فرض كفاية إذا قام به قوم سقط عن الباقين . فإن تركه الكل أثموا .

ومن أنفق عليه متبرعاً فلا شيء له ، سواء كان الملتقط أو غيره . وإن لم يتبرع أحد بالإنفاق عليه فأنفق عليه الملتقط أو غيره محتسباً بالرجوع عليه إذا أيسر وكان ذلك بأمر الحاكم لزم اللقيط ذلك إذا كانت النفقة قصداً بالمعروف وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي .

وإن أنفق بغير إذن الحاكم محتسباً عليه بالرجوع فقال أحمد : تؤدى النفقة من بيت المال ؛ لأنه أدى ما وجب على غيره . فكان له الرجوع على من كان الوجوب عليه ؛ كالضامن إذا قضى عن المضمون عنه ، وقد ذكرنا حكم هذا الأصل في موضعه .

مسألة : **(وولاؤه لسائر المسلمين)** .

يعني : ميراثه لهم فإن اللقيط حر الأصل ولا ولاء[3] عليه . وإنما يرثه المسلمون ؛ لأنهم خولوا كل مال لا مالك له .

ولأنهم يرثون مال من لا وارث له غير اللقيط فكذلك اللقيط .

وقول الخرقي : وولاؤه لسائر المسلمين تجوز في اللفظ لاشتراك من له الولاء في أخذ الميراث وحيازته كله عند عدم الوارث وغيره من المسلمين . هذا هو

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٠٢ كتاب اللقطة، باب التقاط المنبوذ وأن لا يجوز تركه ضائعاً.
(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٣٨٣٨) ٧: ٤٤٩ كتاب الطلاق، باب اللقيط.
(٣) في الأصل: وولاؤه. وما أثبتناه من المغني ٦: ٣٨٣.

الظاهر، وهو قول مالك والشافعي وأكثر أهل العلم؛ لقول النبي ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق»[1].

ولأنه لم يثبت عليه رق ولا على آبائه. فلم يثبت عليه ولاء؛ كالمعروف نسبه.

ولأنه إن كان ابن حرين فلا ولاء عليه وإن كان ابن معتقين فلا يكون عليه ولاء لغير معتقهما.

إذا ثبت هذا فإن حكم اللقيط في الميراث حكم من عرف نسبه وانقرض أهله يدفع إلى بيت المال إذا لم يكن له وارث. فإن كان له زوجة فلها الربع والباقي لبيت المال، وإن كانت امرأة لها زوج فله النصف والباقي لبيت المال؛ لأن الرد وذا الرحم مقدم على بيت المال.

مسألة: (**وإن لم يكن من وجد اللقيط أميناً منع من السفر به**).

أما الملتقط إن كان أميناً أقر اللقيط في يده؛ لأن عمر أقر اللقيط في يد أبي جميلة حين قال له عريفه: «إنه رجل صالح»[2].

ولأنه سبق إليه فكان أولى به؛ لقوله عليه السلام: «من سبق إلى من لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به»[3] وهل يجب الإشهاد عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجب كما لا يجب الإشهاد في اللقطة.

والثاني: يجب؛ لأن القصد بالإشهاد حفظ النسب والحرية فاختص بوجوب الإشهاد كالنكاح. وفارق اللقطة فإن المقصود منها حفظ المال. فلم يجب الإشهاد فيها؛ كالبيع.

وأما إن كان غير أمين فظاهر كلام الخرقي: أنه يقر في يده ويمنع من السفر به؛ لئلا يدعي رقه ويبيعه. وينبغي أن يجب الإشهاد عليه ويضم إليه من يشرف عليه؛ لأننا إذا ضممنا إليه في اللقطة من يشرف عليه فهاهنا أولى.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٧٩) ٢: ٩٧٢ كتاب الشروط، باب الشروط في الولاء.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٠٤) ٢: ١١٤١ كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق.

(٢) سبق تخريجه ص: ٢١٢.

(٣) سبق تخريجه ص: ١٤٥.

وقال القاضي : المذهب أنه ينتزع من يده ، وهو قول الشافعي ؛ لأنه ليس في حفظ اللقيط إلا الولاية ولا ولاية لفاسق .

وفارق اللقطة من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن في اللقطة معنى الكسب وليس هاهنا إلا الولاية .

الثاني : أن اللقطة لو انتزعناها منه رددناها إليه بعد الحول . فاحتطنا عليها مع بقائها في يده . وهاهنا لا ترد إليه بعد الانتزاع منه بحال ، فكان الانتزاع أحوط .

الثالث : أن المقصود ثم حفظ المال ، ويمكن الاحتياط عليه بأن يستظهر عليه في التعريف أو ينصب الحاكم من يعرفها . وهاهنا المقصود حفظ الحرية والنسب ولا سبيل إلى الاستظهار عليه ؛ لأنه قد يدعي رقه في بعض البلدان أو في بعض الزمان .

ولأن اللقطة إنما يحتاج إلى حفظها والاحتياط عليها عاماً واحداً . وهذا يحتاج إلى الاحتياط عليه في جميع زمانه .

وأما على ظاهر قول الخرقي فلا ينتزع منه ؛ لأنه قد ثبتت له الولاية بالتقاطه إياه وسبقه إليه وأمكن حفظ اللقيط في يديه بالإشهاد عليه ، وضم أمين يشارفه إليه ويشيع أمره فيعرف أنه لقيط . فينحفظ بذلك من غير زوال ولايته جمعاً بين الحقين كما في اللقطة ، وكما لو كان الوصي خائناً . وما ذكر من الترجيح للقطة فيمكن معارضته بأن اللقيط ظاهر مكشوف لا تخفى الخيانة فيه ، واللقطة مستورة خفية تتطرق إليها الخيانة ولا يعلم بها .

ولأن اللقطة يمكن أخذ بعضها وتنقيصها وإبدالها . ولا يتمكن من ذلك في اللقيط .

ولأن المال محل الخيانة والنفوس إلى تناوله وأخذه داعية بخلاف النفوس .

فعلى هذا متى أراد الملتقط السفر باللقيط منع منه ؛ لأنه يبعده ممن عرف حاله فلا يؤمن أن يدعي رقه ويبيعه .

مسألة : **(وإن ادعاه مسلم وكافر أرِيَ القافة فبأيهما ألحقوه لحق)** .

يعني : إذا ادعي نسبه فلا تخلو دعوى نسب اللقيط من قسمين :

أحدهما : أن يدعيه واحد ينفرد بدعوته فينظر : فإن كان المدعي رجلاً مسلماً حراً لحق نسبه به بغير خلاف بين أهل العلم إذا أمكن أن يكون منه ؛ لأن الإقرار محض نفع للطفل لاتصال نسبه ، ولا مضرة على غيره فيه فقبل كما لو أقر له بمال . ثم إن كان المقر به ملتقطه أقر في يديه ، وإن كان غيره فله أن ينتزعه من الملتقط ؛ لأنه قد ثبت أنه أبوه فيكون أحق بولده كما لو قامت به بينة .

وإن كان المدعي له عبداً لحق به أيضاً ؛ لأن لمائه حرمة . فلحق به نسبه ؛ كالحر ، وهذا قول الشافعي وغيره غير أنه لا تثبت له حضانة ؛ لأنه مشغول بخدمة سيده ، ولا تجب عليه نفقته ؛ لأنه لا مال له ، ولا على سيده ؛ لأن الطفل محكوم بحريته ، فتكون نفقته في بيت المال .

وإن كان المدعي ذمياً لحق به ؛ لأنه أقوى من العبد في ثبوت الفراش فإنه يثبت له بالنكاح والوطء في الملك .

إذا ثبت هذا فإنه يلحق به في النسب لا في الدين ؛ لأن اللقيط محكوم له بالإسلام . فلا يقبل قول الذمي في كفره ؛ كما لو كان معروف النسب .

ولأنها دعوى تخالف الظاهر . فلم تقبل بمجردها ؛ كدعوى رقه .

القسم الثاني : أن يدعي نسبه اثنان مسلم وكافر ، أو حر وعبد فهما سواء . وبهذا قال الشافعي ؛ لأن كل واحد منهما لو انفرد صحت دعوته ، فإذا تنازعا تساويا في الدعوى ؛ كالأحرار المسلمين . فإن كان لأحدهما به بينة فهو ابنه وإن أقاما بينتين تعارضتا وسقطتا وأري القافة معهما أو مع عصبتهما عند فقدهما وألحق بمن ألحقته به منهما . وهذا قول الشافعي ؛ لما روت عائشة «أن رسول الله ﷺ دخل مسروراً تَبْرُقُ أساريرُ وجهِهِ فقال : ألم تَرَيْ أن مُجَزِّزاً نظر آنفاً إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال : إن هذه الأقدامَ بعضُها من بعض»[1] رواه الجماعة .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٣٨٨) ٦: ٢٤٨٦ كتاب الفرائض، باب القائف.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٥٩) ٢: ١٠٨١ كتاب الرضاع، باب العمل بإلحاق القائف الولد.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٢٦٧) ٢: ٢٨٠ كتاب الطلاق ، باب في القافة.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٢١٢٩) ٤: ٤٤٠ كتاب الولاء والهبة ، باب ما جاء في القافة.
⇦

قال أبو داود : وكان أسامة أسود وزيد أبيض .

فلولا جواز الاعتماد على القافة لما سر به النبي عليه السلام ولا اعتمد عليه .

ولأن عمر قضى به بحضرة الصحابة . فلم ينكره منكر فكان إجماعاً . ويدل على ذلك قول النبي ﷺ في ولد الملاعنة : «انظروها فإن جاءت به حَمْشَ الساقين كأنه وَحَرَة فلا أراه إلا قد كذب عليها ، وإن جاءت به أكحل جمالياً جَعْدَاً سابغ الإليتين خَدَلَّجَ الساقين فهو للذي رميت به . فأتت به على النعت المكروه . فقال عليه السلام : لولا الأيمان لكان لي ولها شأن»[1] ، فقد حكم به النبي ﷺ للذي أشبهه منهما .

وقوله : «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن» يدل على أنه لم يمنعه من العمل بالشبه إلا الأيمان ، فإذا انتفى المانع يجب العمل به ؛ لوجود مقتضيه .

فصل

والقافة : قوم يعرفون الأنساب بالشبه ولا يختص ذلك بقبيلة معينة ، بل من عرفت منه المعرفة بذلك وتكررت منه الإصابة فهو قائف ، وقيل أكثر ما يكون في بني مدلج رهط مجزز المدلجي الذي رأى أسامة وأباه قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض .

وكان إياس بن معاوية المزني قائفاً ، وكذلك قيل في شريح . ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون ذكراً عدلاً مجرباً في الإصابة حراً ؛ لأن قوله حكم ، والحكم تعتبر له هذه الشروط .

قال القاضي : وتعتبر معرفة القائف بالتجربة وهو أن يترك الصبي مع عشرة رجال غير من يدعيه ويرى إياهم فإن ألحقه بواحد منهم سقط قوله ؛ لأنا نتبين خطأه ، وإن لم يلحقه بواحد منهم أريناه إياه مع عشرين فيهم مدعيه فإن ألحقه به

⇨

وأخرجه النسائي في سننه (٣٤٩٣) ٦: ١٨٤ كتاب الطلاق، باب القافة.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٤٩) ٢: ٧٨٧ كتاب الأحكام، باب القافة.

وأخرجه أحمد في مسنده (٢٤٠٠٥) طبعة إحياء التراث.

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٥٦) ٢: ٢٧٧ أبواب الطلاق، باب في اللعان.

لحق ، ولو اعتبر بأن يرى صبياً معروف النسب مع قوم فيهم أبوه أو أخوه فإذا ألحقه بقريبه غلبت إصابته ، وإن ألحقه بغيره سقط قوله جاز ، وهذه التجربة عند عرضه على القائف للاحتياط في معرفة إصابته ، وإن لم نجربه في الحال بعد أن يكون مشهوراً بالإصابة وصحة المعرفة في مرات كثيرة جاز . وا لله أعلم .

كتاب الوصايا

الوصايا جمع وصية مثل: العطايا جمع عطية ، والوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت .

والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع : أما الكتاب ؛ فقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ﴾ [البقرة:١٨٠] .

وأما السنة فما روى سعد بن أبي وقاص قال: «جاءني رسول الله ﷺ يعودني من وجع اشتد بي فقلت: يا رسول الله إني قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي أفأتصدق بثلثي مالي ؟ قال: لا ، قلت: فبالشطر يا رسول الله ؟ قال: لا ، قلت: فبالثلث ؟ قال: الثلث والثلث كثير إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عَالَة يتكففون الناس»[1] رواه الجماعة .

وأجمع العلماء في جميع الأمصار والأعصار على جواز الوصية .

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (**ولا وصية لوارث إلا أن يجيز ذلك الورثة**) .

أما إذا وصى لوارثه بوصية فلم يجزها بقية الورثة لم تصح بغير خلاف بين العلماء . حكاه ابن المنذر وابن عبد البر .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٢٣٣) ١: ٤٣٥ كتاب الجنائز، باب رثى النبي ﷺ سعد بن خولة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٢٨) ٣: ١٢٥٣ كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٨٦٤) ٣: ١١٢ كتاب الوصايا، باب ما جاء في ما يؤمر به من الوصية.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٢١١٦) ٤: ٤٣٠ كتاب الوصايا، باب ما جاء في الوصية بالثلث.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٦٢٦) ٦: ٢٤١ كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧٠٨) ٢: ٩٠٣ كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٥٢٧) طبعة إحياء التراث.

وجاءت الأخبار عن رسول الله ﷺ بذلك، فعن عمر بن خارجة أنه سمع النبي ﷺ يقول: «إن الله قد أعطى كل ذي حقٍ حقَّه فلا وصيَّةَ لوارث»[1] رواه الخمسة إلا أبا داود وصححه الترمذي.

ولأن النبي عليه السلام منع من عطية بعض ولده وتفضيل بعضهم على بعض في حال الصحة وقوة الملك وإمكان تلافي العدل بينهم بإعطاء الذي لم يعطه فيما بعد ذلك؛ لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم ففي حال موته أو مرضه وضعف ملكه وتعلق الحقوق به وتعذر تلافي العدل بينهم أولى وأحرى.

وإن أجازها بقية الورثة جازت في قول أكثر العلماء.

وقال بعض أصحابنا: الوصية باطلة، وإن أجازها الورثة أخذاً من ظاهر قول أحمد في رواية حنبل: لا وصية لوارث، وهذا قول المزني وأهل الظاهر وقول للشافعي، واحتجوا بظاهر قوله عليه السلام: «لا وصية لوارث».

وظاهر مذهب أحمد والشافعي: أن الوصية صحيحة في نفسها، وهو قول أكثر العلماء؛ لأنه تصرف صدر من أهله في محله. فصح؛ كما لو وصى لأجنبي. والخبر قد روي فيه: إلا أن يجيز الورثة، والاستثناء من النفي إثبات فيكون ذلك دليلاً على صحة الوصية عند الإجازة ولو خلا من الاستثناء كان معناه: لا وصية نافذة أو لازمة أو ما أشبه هذا، أو يقدر فيه: لا وصية لوارث عند عدم الإجازة من غيره من الورثة.

وفائدة الخلاف: أن الوصية إذا كانت صحيحة فإجازة الورثة تنفيذ محض يكفي فيها قول الوارث: أجزت أو أمضيت أو نفذت، فإذا قال ذلك لزمت الوصية وإن كانت باطلة كانت الإجازة هبة مبتدأة تفتقر إلى شروط الهبة من

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٧٠) ٣: ١١٤ كتاب الوصايا، باب ما جاء في الوصية للوارث.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٢١٢١) ٤: ٤٣٤ كتاب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٦٤٢) ٦: ٢٤٧ كتاب الوصايا، باب إبطال الوصية للوارث.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧١٢) ٢: ٩٠٥ كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٧٧٠٥) ٤: ١٨٧.

اللفظ والقبول والقبض كالهبة المبتدأة ، ولو رجع المحيز قبل القبض فما يعتبر فيه القبض صح رجوعه .

مسألة: **(ومن أوصى لغير وارث بأكثر من الثلث فأجاز ذلك الورثة بعد موت الموصي جاز وإن لم يجيزوا رد إلى الثلث)** .

أما الوصية لغير الوارث تلزم في الثلث من غير إجازة وما زاد على الثلث يقف على إجازة الورثة ، فإن أجازوه جاز ، وإن ردوه بطل في قول جميع العلماء .

والاعتبار في الرد والإجازة بعد موت الموصي فلو أجازوا قبل ذلك ثم ردوا أو أذنوا لموروثهم في حياته بالوصية بجميع المال أو بالوصية لبعض ورثته ثم بدا لهم فردوا بعد وفاته فلهم الرد ، سواء كانت الإجازة في صحة الموصي أو مرضه . نص عليه أحمد ، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه والشافعي ؛ لأنهم أسقطوا حقوقهم فيما لم يملكوه فلم يلزمهم ؛ كالمرأة إذا أسقطت صداقها قبل النكاح أو أسقط الشفيع حقه من الشفعة قبل البيع .

ولأنها حالة لا يصح فيها ردهم للوصية . فلم يصح فيها إجازتهم ؛ كما قبل الوصية .

مسألة: **(ومن أوصي له وهو في الظاهر وارث فلم يمت الموصي حتى صار الموصى له غير وارث فالوصية ثابتة ؛ لأن اعتبار الوصية بالموت)** .

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أن اعتبار الوصية بالموت . فلو أوصى لثلاثة إخوة له متفرقين ولا ولد له ومات قبل أن يولد له لم تصح الوصية لغير الأخ من الأب إلا بالإجازة من الورثة ، وإن ولد له ابن صحت الوصية لهم جميعاً من غير إجازة إذا لم تجاوز الوصية الثلث ، وإن ولد له بنت جازت الوصية لغير الأخ من الأبوين فيكون الأخ من الأب والأخ من الأم ثلثا الموصى به بينهما بالسوية . ولا يصح للأخ من الأبوين ؛ لأنه وارث ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم .

ولو أوصى لهم وله ابن فمات ابنه قبل موته لم تجز الوصية لأخيه من أبويه ولا لأخيه من أمه وجازت لأخيه من أبيه . فإن مات الأخ من الأبوين قبل موته لم تجز الوصية للأخ من الأب أيضاً ؛ لأنه صار وارثاً .

مسألة: (**فإن مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية**) .

هذا قول أكثر أهل العلم ، منهم أبو حنيفة ومالك والشافعي ؛ لأنها عطية صادفت المعطي ميتاً . فلم تصح ؛ كما لو وهب له ، وذلك لأن الوصية عطية بعد الموت وإذا مات قبل القبول بطلت الوصية أيضاً .

مسألة: (**وإن رد الموصى له الوصية بعد موت الموصي بطلت الوصية**) .

لا يخلو رد الوصية من أربعة أحوال:

أحدها: أن يردها قبل موت الموصي فلا يصح الرد هاهنا ؛ لأن الوصية لم تقع بعد فأشبه رد المبيع قبل إيجاب البيع .

ولأنه ليس بمحل للقبول . فلا يكون محلاً للرد ؛ كما قبل الوصية .

الثانية: أن يردها بعد الموت وقبل القبول . فيصح الرد وتبطل الوصية بغير خلاف علمناه ؛ لأنه أسقط حقه في حال يملك قبوله وأخذه فأشبه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع .

الثالثة: أن يرد بعد القبول والقبض فلا يصح الرد ؛ لأن ملكه قد استقر عليه فأشبه رده لسائر ملكه ، إلا أن يرضى الورثة بذلك فتكون هبة منه لهم تفتقر إلى شروط الهبة .

الرابعة: أن يرد بعد القبول وقبل القبض فينظر فإن كان الموصى به مكيلاً أو موزوناً صح الرد ؛ لأنه لا يستقر ملكه عليه قبل قبضه فأشبه رده قبل القبول ، وإن كان غير ذلك لم يصح الرد ؛ لأن ملكه قد استقر عليه فهو كالمقبوض .

قال صاحب المغني: ويحتمل أن يصح الرد بناء على أن القبض معتبر فيه .

وكل موضع صح الرد فيه فإن الوصية تبطل بالرد وترجع إلى التركة فتكون للورّاث جميعهم ؛ لأن الأصل ثبوت الحق لهم وإنما خرج بالوصية فإذا بطلت الوصية رجع إلى ما كان عليه كأن الوصية لم توجد . ولو عين بالرد واحداً وقصد

تخصيصه بالمردود لم يكن له ذلك وكان لجميعهم ؛ لأن رده امتناع من تملكه فيبقى على ما كان عليه .

ولأنه لا يملك دفعه إلى أجنبي . فلم يملك دفعه إلى وارث يخصه به . وكل موضع امتنع الرد لاستقرار ملكه عليه فله أن يخص به واحداً من الورثة ؛ لأنه ابتداء هبة ويملك أن يدفعه إلى أجنبي فملك دفعه إلى وارث . فلو قال: رددت هذه الوصية لفلان ، قيل له: ما أردت بقولك لفلان ؟ فإن قال: أردت تمليكه إياها وتخصيصه بها فقبلها اختص بها ، وإن قال: أردت ردها إلى جميعهم ليرضى فلان عادت إلى جميعهم إذا قبلوها فإن قبلها بعضهم دون بعض فلمن قبل حصته منها .

مسألة: **(فإن مات قبل أن يقبل أو يرد ، قام وارثُه في ذلك مقامَه إذا كان موته بعد موت الموصِي)** .

اختلف أصحابنا فيما إذا مات الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصي ، فذهب الخرقي إلى أن وارثه يقوم مقامه في القبول والرد[1] ؛ لأنه حق ثبت للموروث فثبت للوارث بعد موته ؛ لقوله عليه السلام: «من ترك حقّه فلورثته»[2] ، وكخيار الرد بالعيب وذهب ابن حامد إلى أن الوصية تبطل ؛ لأنه عقد يفتقر إلى القبول . فإذا مات من له القبول قبله بطل العقد ؛ كالهبة .

قال القاضي: هو قياس المذهب ؛ لأنه خيار لا يعتاض عنه . فبطل بالموت ؛ كخيار المجلس والشرط وخيار الأخذ بالشفعة .

والدليل على أن الوصية لا تبطل بموت الموصى له أنها عقد لازم من أحد الطرفين . فلا تبطل بموت من له الخيار ؛ كعقد الرهن والبيع إذا شرط فيه الخيار لأحدهما .

---

(١) زيادة من المغني ٦: ٤٣٩.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٦٨) ٢: ٨٤٥ كتاب الاستقراض، باب الصلاة على من ترك دَيناً. عن أبي هريرة رضي الله عنه . ولفظه: «من ترك مالاً فلورثته».

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦١٩) ٣: ١٢٣٧ كتاب الفرائض، باب من ترك مالاً فلورثته . عنه مثله.

ولأنه عقد لا يبطل بموت الموجب له فلا يبطل بموت الآخر كالذي ذكرنا ، ويفارق الهبة والبيع قبل القبول من الوجهين الذين ذكرناهما وهو أنه جائز من الطرفين ، ويبطل بموت الموجب له .

إذا ثبت هذا فإن الوارث يقوم مقام الموصى له في القبول والرد ؛ لأن كل حق مات عنه المستحق فلم يبطل بالموت قام الوارث فيه مقامه .

فعلى هذا إن رد الوارث الوصية بطلت وإن قبلها صحت وثبت الملك بها وإن كان الوارث جماعة اعتبر القبول أو الرد من جميعهم ، فإن رد بعضهم وقبل بعض ثبت للقابل حصته وبطلت الوصية في حق من رد .

فصل

ولا يملك الموصى له الوصية إلا بالقبول في قول جمهور الفقهاء إذا كانت لمعين يمكن القبول منه ؛ لأنها تمليك مال لمن هو من أهل الملك متعين . فاعتبر قبوله ؛ كالهبة والبيع .

قال أحمد: الهبة والوصية واحد ، وأما إن كانت لغير معين ؛ كالفقراء والمساكين ، ومن لا يمكن حصرهم ؛ كبني هاشم وتميم ، أو على مصلحة ؛ كمسجد أو حج لم يفتقر إلى قبول ولزمت بمجرد الموت ؛ لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذر فسقط اعتباره كالوقف عليهم ولا يتعين واحد منهم فيكتفي بقبوله ، ولذلك لو كان فيهم ذو رحم من الموصى به مثل أن يوصي بعبد للفقراء وأبوه فقير لم يعتق عليه .

ولأن الملك لا يثبت للموصى لهم بدليل ما ذكرنا من المسألة وإنما يثبت لكل واحد منهم بالقبض فيقوم قبضه مقام قبوله ، أما الآدمي المعين فيثبت له الملك فيعتبر قبوله لكن لا يتعين القبول باللفظ بل يجزئ ما قام مقامه من الأخذ والفعل الدال على الرضا كقولنا في الهبة والبيع . ويجوز القبول على الفور والتراخي ولا يكون إلا بعد موت الموصي ؛ لأنه قبل ذلك لم يثبت له حق ولذلك لم يصح رده .

وإذا قبل ثبت له الملك من حين القبول في الصحيح من المذهب ، وهو قول مالك وأهل العراق ، وحكي ذلك عن الشافعي .

وذكر أبو الخطاب في المسألة وجهاً آخر: أنه إذا قبل تبينا أن الملك ثبت حين موت الموصي ، وهو ظاهر مذهب الشافعي ؛ لأن ما وجب انتقاله بالقبول وجب انتقاله من جهة الموجب عند الإيجاب ؛ كالهبة والبيع .

ولأنه لا يجوز أن يثبت الملك فيه للوارث ؛ لأن الله تعالى قال: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء:١١] .

ولأن الإرث بعد الوصية ولا يبقى للميت ؛ لأنه صار جماداً لا يملك شيئاً .

والأول أصح ؛ لأنه تملك عين لمعين يفتقر إلى القبول . فلم يسبق الملك القبول ؛ كسائر العقود .

ولأن القبول من تمام السبب والحكم لا يتقدم سببه .

ولأن القبول لا يخلو إما أن يكون شرطاً أو جزءاً من السبب والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه .

ولأن الملك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل . وأما انتقاله من جهة الموجب في سائر العقود فإنه لا ينتقل إلا بعد القبول فهو كمسألتنا غير أن ما بعد الإيجاب والقبول ثم يسير لا يظهر له أثر بخلاف مسألتنا .

قولهم: أن الملك لا يثبت للوارث ممنوع ، فإن الملك ينتقل إلى الوارث بحكم الأصل إلا أن يمنع منه مانع ، وقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء:١١] .

قلنا: المراد به وصية مقبولة بدليل أنه لو لم يقبل لكان ملكاً للوارث وقبل قبولها فليست مقبولة . وإن سلمنا أن الملك لا يثبت للوارث فإنه يبقى ملكاً للميت كما إذا كان عليه دين .

وقولهم: لا يبقى له ملك ممنوع فإنه يبقى ملكه فيما يحتاج إليه من مؤونة تجهيزه ودفنه وقضاء ديونه ويجوز أن يتجدد له ملك في ديته إذا قتل وفيما إذا نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته بحيث تقضى ديونه وتنفذ وصاياه ويجهز إن

كان قبل تجهيزه . فهذا يبقى على ملكه لتعذر انتقاله إلى الوارث من أجل الوصية وامتناع انتقاله إلى الوصي قبل تمام السبب فإن رد الموصى له أو قبل انتقل حينئذ . ولهذين الوجهين فوائد ذكرتها في كتاب الشافي .

مسألة: (**وإذا أوصى له بسهم من ماله أعطي السدس ، وعن أبي عبد الله رضي الله عنه رواية أخرى: أنه يعطى سهماً مما تصح منه الفريضة**) .

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن أوصى بسهم فعنه للموصى له السدس ، وروي ذلك عن علي وابن مسعود .

والرواية الثانية: أنه يعطى سهماً مما تصح منه[1] الفريضة فينظر كم سهماً صحت منه الفريضة ويزاد عليها مثل سهم من سهامها للموصى له .

قال القاضي: هذا ما لم يزد على السدس فإن زاد السهم على السدس فله السدس ؛ لأنه متحقق .

ووجه ذلك: أن قوله سهماً ينبغي أن ينصرف إلى سهام فريضته ؛ لأن وصيته منها فينصرف السهم إليها فكان واحداً من سهامها ، كما لو قال: فريضتي من كذا وكذا سهماً لك سهم منها .

وقال الخلال وصاحبه: له أقل سهم من سهام الورثة ؛ لأن أحمد قال في رواية أبي طالب والأثرم: إذا أوصى له بسهم من ماله يعطى سهماً من الفريضة قيل له: نصيب رجل أو نصيب امرأة ؟ قال: أقل ما يكون من السهام .

قال القاضي: ما لم يزد على السدس ، وهذا قول أبي حنيفة .

ووجه هذا القول: أن سهام الورثة أنصباؤهم فيكون له أقلها ؛ لأنه اليقين فإن زاد على السدس دفع إليه السدس ؛ لأنه أقل سهم يرثه ذو قرابة .

ووجه الرواية الأولى وهي أصح ؛ ما روى ابن مسعود «أن رجلاً أوصى لرجل بسهم من المال فأعطاه النبي ﷺ السدس»[2] .

---

(١) زيادة من المغني ٦: ٤٤٥.

(٢) ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد ٤: ٢١٣ كتاب الوصايا ، باب فيمن أوصى بسهم من ماله ، وعزاه للطبراني في الأوسط.

ولأن السهم في كلام العرب السدس. فتنصرف الوصية إليه ؛ كما لو لفظ به.

ولأنه قول علي وابن مسعود ولا مخالف لهما في الصحابة.

ولأن السدس أقل سهم مفروض يرثه ذو قرابة فتنصرف الوصية إليه.

إذا ثبت هذا فإن السدس الذي يستحقه الموصى له يكون بمنزلة سدس مفروض فإن كانت المسألة كاملة الفروض أعيلت به، وإن كانت عائلة زاد عولها به، وإن كان فيها رد أو كانوا عصبة أعطي سدساً كاملاً، فلو خلفت زوجاً وأبوين وابنتين فالمسألة من خمسة عشر وتعول بسدس آخر فتصير من سبعة عشر، وكذلك على قول الخلال ؛ لأن أقل سهام الورثة سدس.

وعلى الرواية الأخرى: يكون للموصى له سهم واحد يزاد على خمسة عشر فتصير ستة عشر. وإن كانوا زوجة وأبوين وابناً فالفريضة من أربعة وعشرين وتعول بالسدس الموصى به إلى ثمانية وعشرين. وعلى الرواية الثانية[1]: يزاد عليها سهم واحد للموصى له، فتكون من خمسة وعشرين. وعلى قول الخلال يزاد عليها مثل سهم الزوجة، فتكون من سبعة وعشرين.

وإن خلف ابنين فرضي للموصى له بسهم السدس على جميع الروايات، وكذا إن خلف ثلاث أخوات مفترقات، وإن خلفت زوجاً وأختاً فللموصى له بسهم السبع كما لو كان معها جدة على الروايات الثلاث.

مسألة: **(وإذا أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته ولم يسمه كان له مثل ما لأقلهم نصيباً كأنه أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته وهم ابن وأربع زوجات. فتكون صحيحة من اثنين وثلاثين سهماً للزوجات الثمن أربعة وما بقي فللابن فزد في سهام الفريضة مثل حظ امرأة من نسائه فتصير الفريضة من ثلاثة وثلاثين سهماً، للموصى له سهم ولكل امرأة سهم وما بقي فللابن).**

---

(١) زيادة من المغني ٦: ٤٤٧.

أما إذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته غير مسمى فإن كان الورثة يتساوون في الميراث ؛ كالبنين فله مثل نصيب أحدهم مزاداً على الفريضة ويجعل كواحد منهم زاد فيهم ، وإن كانوا يتفاضلون كمسألة الخرقي فله مثل نصيب أقلهم ميراثاً يزاد على فريضتهم ، وإن أوصى بمثل نصيب وارث معين فله مثل نصيبه مزاداً على الفريضة . هذا قول أكثر العلماء ، منهم أبو حنيفة والشافعي ؛ لأنه جعل وارثه أصلاً وقاعدة حمل عليه نصيب الموصى له . وجعله مثلاً له وهذا يقتضي أن لا يزاد أحدهما على صاحبه ، ومتى أعطي من أصل المال فما أعطي مثل نصيبه ولا حصلت التسوية . والعبارة تقتضي التسوية وإنما جعل له مثل ما لأقلهم نصيباً ؛ لأنه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يثبت مع الشك . وقد مثل الخرقي هذه المسألة بما أغنى عن تمثيلها . ولو قال: أوصيت بمثل نصيب أقلهم ميراثاً كان كما لو أطلق وكان ذلك تأكيداً وإن قال: أوصيت بمثل نصيب أكثرهم ميراثاً فله ذلك مضافاً إلى المسألة فيكون له في مسألة الخرقي ثمانية وعشرون تضم إلى الفريضة فيكون الجميع ستين سهماً .

مسألة: **(وإذا خلّف ثلاثة بنين وأوصى لآخر بمثل نصيب أحدهم كان للموصى له الربع)** .

هذا قول أكثر أهل العلم ، منهم أبو حنيفة وأصحابه والشافعي . ولو خلّف ابناً واحداً وأوصى بمثل نصيبه فللموصى له النصف في حال الإجازة والثلث في حال الرد .

مسألة: **(وإذا أوصى لزيد بنصف ماله ولعمرو بربع ماله ولم يجز ذلك الورثة فالثلث بينهما على ثلاثة أسهم ، لعمرو سهم ولزيد سهمان)** .

أما إذا أوصى بأجزاء من المال أخذتها من مخرجها وقسمت الباقي على الورثة ، وإن لم يجيزوا قسمت الثلث بين الأوصياء على قدر سهامهم في حال الإجازة وقسمت الثلثين على الورثة ، ولا فرق بين أن يكون الموصى لهم من تجاوز وصيته الثلث أو لا . هذا قول جمهور العلماء ، منهم مالك والشافعي وأبو يوسف

ومحمد ؛ لأنه فاضل في الوصية بينهما . فلم تجز التسوية ؛ كما لو وصى بثلث وربع أو بمائة ومائتين وماله أربعمائة .

ولأنها وصية صحيحة ضاق عنها الثلث قسم بينهم على قدر الوصايا ؛ كالثلث والربع .

فعلى هذا إذا وصى لزيد بنصف ماله ولعمرو بربعه فللموصى لهما ثلاثة أرباع المال إذا جاز الورثة ويبقى لهم الربع ، وإن ردوا فالثلث بين الوصيتين على ثلاثة والمسألة كلها من تسعة ، وإن أجازوا لأحدهما دون صاحبه ضربت مسألة الرد في مسألة الإجازة وأعطيت المجاز له سهمه من مسألة الإجازة في مسألة الرد والمردود عليه سهمه في مسألة الرد مضروباً في مسألة الإجازة ، وإن أجاز بعض الورثة لهما ورد الباقون عليهما أعطيت المجيز سهمه من مسألة الإجازة في مسألة الرد ومن لم يجز سهمه من مسألة الرد مضروباً في مسألة الإجازة وقسمت الباقي بين الوصيين على ثلاثة وإن اتفقت المسألتان ضربت وفق إحداهما في الأخرى ومن له سهم من إحدى المسألتين مضروب في وفق الأخرى ، وإن دخلت إحدى المسألتين في الأخرى اجتزأت بأكثرهما ففي مسألة الخرقي هذه إن كان الورثة أماً وثلاث أخوات مفترقات فأجازوا فالمسألة من أربعة: للوصيين ثلاثة يبقى سهم على ستة تضربها في أربعة تكون أربعة وعشرين ، وإن ردوا فللوصيين الثلث ثلاثة ويبقى ستة على المسألة وهي ستة فتصح من تسعة ، وإن أجازوا لصاحب النصف وحده ضربت وفق التسعة في أربعة وعشرين تكن اثنين وسبعين ، لصاحب النصف اثنا عشر في ثلاثة ستة وثلاثون وللآخر سهم في ثمانية ثمانية يبقى ثمانية وعشرون للورثة وإن أجازت الأم لهما ورد الباقون عليهما أعطيت الأم سهماً في ثلاثة والباقين خمسة أسهم في ثمانية صار الجميع ثلاثة وأربعين يبقى تسعة وعشرون بين الوصيين على ثلاثة ، وإن أجازت الأخت من الأبوين وحدها فلها تسعة ولباقي الورثة أربعة وعشرون ويبقى تسعة وثلاثون لهما على ثلاثة لصاحب النصف ستة وعشرون وللآخر ثلاثة عشر .

مسألة: **(وإذا أوصى لولد فلان فهو للذكر والأنثى بالسوية . وإن قال لبنيه فهو للذكور دون الإناث) .**

أما إذا أوصى لولد فلان فإنه للذكور والإناث والخناثى ، لا خلاف في هذا ؛ لأن الاسم يشمل الجميع . قال الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء:١١] وقال تعالى: ﴿مَا اتَّخَذَ اللَّهُ مِنْ وَلَدٍ﴾ [المؤمنون:٩١] نفى الذكر والأنثى جميعاً .

وإن قال: لبني فلان فهو للذكور دون الإناث والخناثى ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي ؛ لأن لفظة البنين يختص الذكور . قال الله: ﴿أَصْطَفَى الْبَنَاتِ عَلَى الْبَنِينَ﴾ [الصافات:١٥٣] ، وقال تعالى: ﴿أَمِ اتَّخَذَ مِمَّا يَخْلُقُ بَنَاتٍ وَأَصْفَاكُمْ بِالْبَنِينَ﴾ [الزخرف:١٦] ، وقال: ﴿زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ﴾ [آل عمران:١٤] ، وقال: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾ [الكهف:٤٦] وقد أخبر أنهم لا يشتهون البنات وقال: ﴿وَيَجْعَلُونَ لِلَّهِ الْبَنَاتِ سُبْحَانَهُ وَلَهُمْ مَا يَشْتَهُونَ ۝ وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُمْ بِالْأُنْثَى﴾ [النحل:٥٧ ، ٥٨] .

وإنما دخلوا في الاسم إذا صاروا قبيلة ؛ لأن الاسم نقل فيهم عن الحقيقة إلى العرف . ولهذا تقول المرأة: أنا من بني فلان إذا انتسبت إلى القبيلة ولا تقول ذلك إذا انتسبت إلى أبيها .

مسألة: **(والوصية بالحمل وللحمل جائزة إذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ تكلم بالوصية) .**

أما الوصية بالحمل فتصح إذا كان مملوكاً بأن يكون رقيقاً أو حمل بهيمة مملوكة ؛ لأن الغرر والخطر لا يمنع صحة الوصية فجرى مجرى إعتاق الحمل فإن انفصل ميتاً بطلت الوصية وإن انفصل حياً وعلمنا وجوده حال الوصية أو حكمنا بوجوده صحت الوصية وإن لم يكن كذلك لم تصح لجواز حدوثه بعد الوصية . ولو قال: أوصيت لك بما تحمل جاريتي هذه ، أو ناقتي هذه ، أو نخلتي هذه جاز ؛ لما ذكرنا من صحتها مع الغرر .

وأما الوصية للحمل فصحيحة أيضاً لا نعلم فيه خلافاً ؛ لأن الوصية جرت مجرى الميراث من حيث كونها انتقال المال من الإنسان بعد موته إلى الموصى له بغير عوض ؛ كانتقاله إلى وارثه ، وقد سمى الله الميراث وصية بقوله: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء:١١] ، وقال: ﴿فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ﴾ [النساء:١٢] والحمل يرث فتصح الوصية له .

ولأن الوصية أوسع من الميراث فإنها تصح للمخالف في الدين والعبد بخلاف الميراث فإذا ورث الحمل فالوصية له أولى .

ولأن الوصية تتعلق بخطر وغرر فتصح للحمل كالعتق ، فإن انفصل الحمل ميتاً بطلت الوصية ؛ لأنه لا يرث .

ولأنه يحتمل أن لا يكون حياً حين الوصية فلا تثبت له الوصية والميراث بالشك ، وسواء مات لعارض من ضرب البطن أو شرب دواء أو غيره لما بينا من أنه لا يرث . وإن وضعته حياً صحت الوصية له إذا حكمنا بوجوده حال الوصية ، نقل الخرقي: إذا أتت به لأقل من ستة أشهر ، وليس ذلك شرطاً في كل حال ، لكن إن كانت المرأة فراشاً لزوج أو سيد يطؤها فأتت به لستة أشهر فما دون علمنا وجوده حين الوصية ، وإن أتت به لأكثر منها لم تصح الوصية له ؛ لاحتمال حدوثه بعد الوصية ، وإن كانت بائناً فأتت به لأكثر من أربع سنين من حين الفرقة وأكثر من ستة أشهر من حين الوصية لم تصح الوصية له ، وإن أتت به لأقل من ذلك صحت الوصية له ؛ لأن الولد يعلم وجوده إذا كان لستة أشهر ويحكم بوجوده إذا أتت به لأقل من أربع سنين من حين الفرقة ، وهذا مذهب الشافعي .

وأما إن كانت المرأة فراشاً لزوج أو سيد ، إلا أنه لا يطؤها ؛ لكونه غائباً في بلد بعيد أو مريضاً مرضاً يمنع الوطء أو كان أسيراً أو محبوساً أو علم الورثة أنه لم يطأها وأقروا[1] بذلك فإن أصحابنا لم يفرقوا بين هذه الصور وبين ما إذا لم

(١) في الأصل: أو أقروا . وما أثبتناه من المغني ٦: ٤٧٥.

يطأها ؛ لأنهما لم يفترقا في لحوق النسب بالزوج والسيد فكانت في حكم من يطأها .

قال صاحب المغني: ويحتمل أنه متى أتت به في هذه الحال لوقت يغلب على الظن أنه كان موجوداً حال الوصية ، مثل أن تضعه لأقل من غالب مدة الحمل ، أو تكون أمارات الحمل ظاهرة ، أو أتت به على وجه يغلب على الظن أنه كان موجوداً بأمارات الحمل بحيث يحكم لها بكونها حاملاً صحت الوصية له ؛ لأنه يثبت له أحكام الحمل في غير هذا الحكم وقد انتفت أسباب حدوثه ظاهراً فينبغي أن تثبت له الوصية . والحكم بإلحاقه بالزوج والسيد في هذه الصور إنما كان احتياطاً للنسب فإنه يلحق بمجرد الاحتمال وإن كان بعيداً . ولا يلزم من إثبات النسب بمطلق الاحتمال نفي استحقاق الوصية فإنه لا يحتاط لإبطال الوصية كما يحتاط لإثبات النسب فلا يلزم إلحاق ما لا يحتاط له مما يحتاط له مع ظهور ما يثبته ويصححه .

فصل

وإن وصى بالحمل الموجود اعتبر وجوده في حمل الأمة بما يعتبر وجود الحمل الموصى له ، وإن كان حمل بهيمة اعتبر وجوده بما يثبت به وجوده في سائر الأحكام .

مسألة: (**وإذا أوصى بجارية لبشر ثم أوصى بها لبكر فهي بينهما**) .

أما إذا أوصى لرجل بمعين من ماله ثم وصى به لآخر أو وصى له بثلثه ثم وصى لآخر بثلثه أو وصى لرجل بجميع ماله ثم وصى به لآخر فهو بينهما ولا يكون ذلك رجوعاً في الوصية الأولى ، وإليه ذهب الأئمة الأربعة ؛ لأنه وصى لهما بها فاستويا فيها ؛ كما لو قال لهما: وصيت لكما بالجارية .

مسألة: (**وإن قال: ما أوصيت به لبشر فهو لبكر كانت لبكر**) .

لا نعلم في هذا خلافاً ؛ لأنه صرح بالرجوع عن الأول بذكره أن ما أوصى به مردود إلى الثاني فأشبه ما لو قال: رجعت عن وصيتي لبشر وأوصيت بها لبكر

بخلاف ما إذا أوصى بشيء واحد لرجلين أحدهما بعد الآخر فإنه يحتمل أنه قصد التشريك بينهما وقد ثبت وصية الأول يقيناً فلا تزول بالشك .

مسألة: (**ومن كتب وصية ولم يشهد فيها حكم بها ، ما لم يعلم رجوعه عنها**) .

نص أحمد على هذا في رواية إسحاق بن إبراهيم فقال: من مات فوجدت وصيته مكتوبة عند رأسه و لم يشهد فيها وعرف خطه وكان مشهور الخط يقبل ما فيها .

وعن أحمد: أنه لا يقبل الخط في الوصية ولا يشهد على الوصية المختومة حتى يسمعها الشهود منه أو تقرأ عليه فيقر بما فيها ، وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ؛ لأن الحكم لا يجوز برؤية خط الشاهد بالشهادة بالإجماع فكذا هاهنا . وأبلغ من هذا: الحاكم إذا رأى حكمه بخطه تحته[1] ختمه و لم يذكر أنه حكم به أو رأى الشاهد شهادته بخطه و لم يذكر الشهادة لم يجز للحاكم إنفاذ الحكم بما وجده ، ولا للشاهد الشهادة بما رأى خطه به فهاهنا أولى .

وقد نص أحمد على هذا في الشهادة .

ووجه قول الخرقي ؛ ما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «ما من امرئ مسلم يَبيتُ ليلتين وله شيءٌ يريد أن يوصي فيه إلا ووصيتُه[2] مكتوبةٌ عند رأسه»[3] رواه الجماعة .

و لم يذكر شهادته .

---

(١) في الأصل: تحت. وما أثبتناه من المغني ٦: ٤٨٩.

(٢) في الأصل: وصيته. وما أثبتناه من الصحيحين.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٨٧) ٣: ١٠٠٥ كتاب الوصايا ، باب الوصايا ...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٢٧) ٣: ١٢٤٩ كتاب الوصية .
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٨٦٢) ٣: ١١٢ كتاب الوصايا، باب ما جاء في ما يؤمر به من الوصية.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٢١١٨) ٤: ٤٣٢ كتاب الوصايا، باب ما جاء في الحث على الوصية.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٦١٦) ٦: ٢٣٩ كتاب الوصايا، الكراهية في تأخير الوصية.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧٠٢) ٢: ٩٠٢ كتاب الوصايا، باب الحث على الوصية.
وأخرجه أحمد في مسنده (٥٤٨٩) طبعة إحياء التراث.

ولأن الوصية يتسامح فيها ولهذا صح تعليقها على الخطر والغرر وصحت للحمل به وبما لا يقدر على تسليمه وبالمعدوم والمجهول . فجاز أن يتسامح فيها بقبول الخط ؛ كرواية الحديث .

مسألة: (**وما أعطى في مرضه الذي مات فيه فهو من الثلث**) .

ومعناه: أن التبرعات المنجزة كالعتق والهبة المقبوضة والصدقة والوقف والإبراء من الدين والعفو عن الجناية الموجبة للمال إذا كانت في [الصحة فهي من رأس المال ، لا نعلم في هذا خلافاً . وإن كانت في][1] مرض مخوف[2] اتصل به الموت فهي من ثلث المال في قول أكثر العلماء ؛ لما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله تصدق عليكم عند منتهى آجالكم بثلث أموالكم زيادةً لكم في أعمالكم»[3] رواه ابن ماجة .

وهذا يدل بمفهومه على المنع من الزيادة على الثلث .

وروى عمران بن حصين «أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة ، وقال له قولاً شديداً»[4] رواه الجماعة إلا البخاري .

وإذا لم ينفذ العتق مع سرايته فغيره أولى .

ولأن هذه الحال الظاهر منها الموت فكانت عطيته فيها في حق ورثته لا تتجاوز الثلث كالوصية .

---

(١) زيادة من المغني ٦: ٤٩١.

(٢) في الأصل: المرض المخوف. وما أثبتناه من المغني ٦: ٤٩١.

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧٠٩) ٢: ٩٠٤ كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٦٨) ٣: ١٢٨٨ كتاب الأيمان، باب من أعتق شركاً له في عبد.

وأخرجه أبو داود في سننه (٣٩٥٨) ٤: ٢٨ كتاب العتق، باب فيمن أعتق عبيداً له لم يبلغهم الثلث.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٦٤) ٣: ٦٤٥ كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن يعتق مماليكه عند موته وليس له مال غيرهم.

وأخرجه النسائي في سننه (١٩٥٨) ٤: ٦٤ كتاب الجنائز، الصلاة على من يحيف في وصيته.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٤٥) ٢: ٧٨٦ كتاب الأحكام، باب القضاء بالقرعة.

وأخرجه أحمد في مسنده (١٩٣٢٥) طبعة إحياء التراث.

فصل

وحكم العطايا في مرض الموت المخوف حكم الوصية في خمسة أشياء:

أحدها: أن يقف نفوذها على خروجها لما زاد على الثلث من الثلث أو إجازة الورثة .

الثاني: أنها لا تصح لوارث إلا بإجازة بقية الورثة .

الثالث: أن فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة في الصحة ؛ لما روى أبو هريرة قال: « جاء رجل فقال: يا رسول الله أي الصدقة أفضل أو أعظم أجراً ؟ قال: أما وأبيك لتنبّأن أن تصدَّق وأنت صحيحٌ شحيحٌ تخشى الفقر وتأمل البقاء ولا تهمل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان »[1] رواه الجماعة إلا الترمذي .

الرابع: أنه يزاحم بها الوصايا في الثلث .

الخامس: أن خروجها من الثلث معتبر حال الموت لا قبله ولا بعده .

فصل

وتفارق العطية في المرض الوصية في خمسة أشياء:

أحدها: أنها لازمة في حق المعطي ليس له الرجوع فيها وإن كثرت ؛ لأن المنع من الزيادة على الثلث إنما كان لحق الورثة لا لحقه . فلم يملك إجازتها ولا ردها . وإنما كان له الرجوع في الوصية ؛ لأن التبرع بها مشروط بالموت ففيما قبل

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٩٧) ٣: ١٠٠٨ كتاب الوصايا ، باب الصدقة عند الموت .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٠٣٢) ٢: ٧١٦ كتاب الزكاة ، باب بيان أن أفضل الصدقة صدقة الصحيح الشحيح .
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٨٦٥) ٣: ١١٣ كتاب الوصايا، باب ما جاء في كراهية الإضرار في الوصية.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٦١١) ٦: ٢٣٧ كتاب الوصايا، الكراهية في تأخير الوصية.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧٠٦) ٢: ٩٠٣ كتاب الوصايا، باب النهي عن الإمساك في الحياة والتبذير عند الموت.
وأخرجه أحمد في مسنده (٧١١٩) طبعة إحياء التراث.

الموت لم يوجد التبرع ولا العطية بخلاف العطية في المرض فإنه قد وجدت العطية منه والقبول من المعطي والقبض فلزمت كالوصية إذا قبلت بعد الموت وقبضت .

الثاني: أن قبولها على الفور في حياة المعطي وكذلك ردها ، والوصايا لا حكم لقبولها ولا ردها إلا بعد الموت ؛ لما ذكرنا من أن العطية تصرف في الحال فتعتبر شروطه وقت وجوده والوصية تبرع بعد الموت فتعتبر شروطه بعد الموت .

الثالث: أن العطية تفتقر إلى شروطها المشروطة لها في الصحة من العلم ، وكونها لا يصح تعليقها على شرط وغرر في غير العتق والوصية بخلافه .

الرابع: أنها تقدم على الوصية ، وهذا قول الشافعي وجمهور العلماء ؛ لأن العطية لازمة في حق المريض فقدمت على الوصية ؛ كعطية الصحة .

ولأنها عطية منجزة فقدمت على العتق كعطية الصحة .

الخامس: أن العطايا إذا عجز الثلث من جميعها بدئ بالأول فالأول ، سواء كان الأول عتيقاً أو غيره ، وبهذا قال الشافعي ؛ لأنهما عطيتان منجزتان فكانت أولاهما أولى ؛ كما لو كانت الأولى محاباة أو عتقاً .

ولأن العطية المنجزة لازمة في حق المعطي فإذا كانت خارجة من الثلث لزمت في حق الورثة . فلو شاركتها الثانية لمنع ذلك لزومها في حق المعطي ؛ لأنه يملك الرجوع عن بعضها بعطية أخرى بخلاف الوصايا فإنها غير لازمة في حقه وإنما تلزم بالموت في حال واحدة فاستويا ؛ لاستوائهما في حال لزومهما بخلاف المنجزتين .

مسألة: **(وكذلك الحامل إذا صار لها ستة أشهر)** .

يعني: عطيتها من الثلث . وهذا قول مالك .

وقال أبو الخطاب: عطية الحامل من رأس المال ما لم يضربها المخاض فإذا ضربها المخاض فعطيتها من الثلث ، وهو ظاهر مذهب الشافعي ؛ لأنها قبل ضرب المخاض لا تخاف الموت[1] .

---

(١) زيادة من المغني ٦: ٥٠٨.

ولأنها إنما تخاف الموت إذا ضربها الطلق فأشبهت صاحب الأمراض الممتدة قبل أن يصير صاحب فراش .

ووجه قول الخرقي: أن ستة الأشهر وقت يمكن الولادة فيه وهي من أسباب التلف . والصحيح أنها إذا ضربها الطلق كان مخوفاً ؛ لأنه ألم شديد يخاف منه التلف فأشبهت صاحب سائر الأمراض المخوفة ، وأما قبل ذلك فلا ألم بها واحتمال وجوده خلاف العادة فلا يثبت الحكم باحتماله البعيد مع عدمه كالصحيح ، فأما بعد الولادة فإن بقيت المشيمة معها فهو مخوف ، وإن مات الولد معها فهو مخوف ؛ لأنه يصعب خروجه ، وإن وضعت الولد وخرجت المشيمة وحصل ثم ورم أو ضربان شديد فهو مخوف .

مسألة: **(ومن جاوز العشر سنين فوصيته جائزة إذا وافق الحق)** .

هذا المنصوص عن أحمد .

قال أبو بكر: لا يختلف المذهب أن من له عشر سنين تصح وصيته ، ومن له دون السبع لا تصح وصيته وما بين السبع والعشر فعلى روايتين .

وقال ابن أبي موسى: لا تصح وصية الغلام لدون العشر ولا الجارية لدون التسع قولاً واحداً وما زاد على العشر فتصح على المنصوص ، وفيه وجه آخر: لا تصح حتى يبلغ .

وقال القاضي وأبو الخطاب: تصح وصية الصبي إذا عقل .

ووجه قول الخرقي ؛ ما روي «أن صبياً من غسان له عشر سنين أوصى لأخوال له فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب فأجاز وصيته»[1] رواه سعيد .

ولأنه تصرف تمحض نفعاً للصبي . فصح منه ؛ كالإسلام والصلاة ، وذلك لأن الوصية صدقة يحصل ثوابها له بعد غناه عن ملكه وماله فلا يلحقه ضرر في عاجل دنياه ولا أخراه بخلاف الهبة والعتق المنجز فإنه يفوت من ماله ما يحتاج إليه وإذا ردت رجعت إليه وهاهنا لا يرجع إليه بالرد .

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٤٣١) ١: ١٢٧ كتاب الوصايا، باب وصية الصبي.

وقوله: إذا وافق الحق يعني: إذا وصى بوصية يصح مثلها من البائع صحت منه وإلا فلا.

مسألة: **(ومن أوصى لأهل قرية لم يعط من فيها من الكفار إلا أن يذكرهم)**.

يعني: به المسلم إذا وصى لأهل قريته أو لقرابته بلفظ عام يدخل فيه مسلمون وكافرون فهي للمسلمين خاصة ولا شيء للكفار؛ لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء:١١] فلم يدخل فيه الكفار إذا كان الميت مسلماً، وإذا لم يدخلوا في وصية الله مع عموم اللفظ فكذلك في وصية المسلم.

ولأن ظاهر حاله أنه لا يريد الكفار لما بينه وبينهم من عداوة الدين وعدم الوصلة المانع من الميراث ووجوب النفقة على فقيرهم، ولذلك خرجوا من عموم اللفظ في الأولاد والإخوة والأزواج وسائر الألفاظ العامة في الميراث فكذا هاهنا؛ لأن الوصية أجريت مجرى الميراث، وإن صرح بهم دخلوا في الوصية؛ لأن صريح المقال لا يعارض بقرينة الحال، وإن وصى لهم وأهل القرية كلهم كفار أو أوصى لقرابته وجميعهم كفار دخلوا في الوصية؛ لأنه لا يمكن تخصيصهم إذ في إخراجهم رفع اللفظ بالكلية، وإن كان فيها مسلم واحد والباقي كفار دخلوا في الوصية؛ لأن إخراجهم بالتخصيص هاهنا بعيد وفيه مخالفة الظاهر من وجهين:

أحدهما: مخالفة لفظ العموم.

والثاني: حمل اللفظ الدال على الجمع على المفرد، وإن كان أكثر أهلها كفاراً فظاهر كلام الخرقي: أنه للمسلمين؛ لأنه أمكن حمل اللفظ عليهم وصرفه إليهم والتخصيص يصح وإن كان بإخراج الأكثر. ويحتمل أن يدخل الكفار في الوصية؛ لأن التخصيص في مثل هذا بعيد فإن تخصيص الصورة النادرة قريب وتخصيص الأكثر بعيد يحتاج فيه إلى دليل قوي. والحكم في سائر ألفاظ[1] العموم،

---

(١) في الأصل: الألفاظ. وما أثبتناه من المغني ٦: ٥٣٤.

مثل: أن يوصي لإخوته أو عمومته أو بني عمه أو لليتامى أو للمساكين كالحكم فيما إذا أوصى لأهل قريته . وأما إن أوصى بذلك كافر فإن وصيته تتناول أهل دينه ؛ لأن لفظه يتناولهم وقرينة حاله إرادتهم . فأشبه وصية المسلم التي يدخل فيها أهل دينه وهل يدخل في وصيته المسلمون ؟ نظرنا فإن وجدت قرينة دالة على دخولهم مثل: أن لا يكون في القرية إلا مسلمون دخلوا في الوصية وكذلك إن لم يكن فيها إلا كافر واحد وسائر أهلها مسلمون وإن انتفت القرائن ففي دخولهم وجهان:

أحدهما: لا يدخلون كما لم يدخل الكفار في وصية المسلم .

والثاني: يدخلون ؛ لأن عموم اللفظ يتناولهم وهم أحق بوصيته من غيرهم فلا يصرف اللفظ عن مقتضاه ومن هو أحق بحكمه إلى غيره .

مسألة: **(ومن أوصى بكل ماله ولا عصبة له ولا مولى فجائز . وعن أبي عبد الله رضي الله عنه رواية أخرى: لا يجوز إلا الثلث)** .

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن لم يخلف من ورّاثه عصبة ولا ذا فرض فروي عنه أن وصيته جائزة بكل ماله . ثبت هذا عن ابن مسعود ، وبه قال أهل العراق .

والرواية الأخرى: لا يجوز إلا الثلث ، وبه قال مالك والشافعي ؛ لأن له من يعقل عنه . فلم تنفذ وصيته في أكثر من ثلثه كما لو ترك وارثاً .

ووجه الرواية الأولى وهي أصح: أن المنع من الزيادة على الثلث إنما كان لتعلق حق الورثة بدليل قوله عليه السلام: «إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»[1] ، وهاهنا لا وارث له يتعلق حقه بماله . فأشبه حال الصحة .

ولأنه لم يتعلق به حق وارث ولا غريم . أشبه حال الصحة أو أشبه الثلث .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢١٨.

فصل

وإن خلّف ذا فرض لا يرث المال كله ؛ كبنت أو أم لم تكن له الوصية بأكثر من الثلث ؛ لأن سعداً قال للنبي ﷺ : «لا يرثني إلا ابنتي»[1] فمنعه النبي عليه السلام من الزيادة على الثلث .

ولأنها تستحق جميع المال بالفرض والرد فأشبهت العصبة ، وإن كان لها زوج أو للرجل امرأة فكذلك ؛ لأن الوصية تنقص حقه ؛ لأنه إنما يستحق فرضه بعد الوصية ؛ لقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء:١١] .

وأما ذو الأرحام فظاهر كلام الخرقي: أنه لا يمنع الوصية بجميع المال ؛ لقوله: ولا عصبة له ولا مولى ، وذلك لأن ذا الرحم إرثه كالفضلة والصلة ولذلك لا يصرف إليه شيء إلا عند عدم الرد والمولى ولا تجب نفقته . ويحتمل أن لا تنفذ وصيته بأكثر من ثلثه ؛ لأن له وارثاً فيدخل في معنى قوله عليه السلام: «إنك إن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»[2] .

ولأنهم ورثة يستحقون ماله بعد موته وصلته لهم في حياته . فأشبهوا ذوي الفروض والعصبات وتقديم غيرهم عليهم لا يمنع مساواتهم لهم في مسألتنا كذوي الفروض الذين يحجب بعضهم بعضاً والعصبات .

مسألة: **(ومن أوصى لعبده بثلث ماله فإن كان العبد يخرج من الثلث عتق وإن فضل من الثلث شيء بعد عتقه فهو له ، وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث)** .

أما إذا أوصى لعبده بجزء شائع من ماله ؛ كثلث أو ربع أو سدس صحت الوصية فإن خرج العبد من الوصية عتق واستحق باقيها وإن لم يخرج عتق منه بقدر الوصية ؛ لأن الجزء الشائع يتناول نفسه أو بعضها ؛ لأنه من جملة الثلث الشائع والوصية له بنفسه تصح ويعتق وما فضل استحقه ؛ لأنه يصير حراً فيملك الوصية فيصير كأنه قال: أعتقوا عبدي من ثلثي وأعطوه ما فضل منه .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢١٨.

(٢) سبق تخريجه ص: ٢١٨.

مسألة: **(وإذا قال: أحد عبدي حر أقرع بينهما فمن تقع عليه القرعة فهو حر إذا خرج من الثلث)** .

ومعناه: أنه إذا أعتق عبداً غير معين فإنه يقرع بينهما فيخرج الحر بالقرعة ؛ لأنه عتق استحقه واحد من جماعة معينين . فكان إخراجه بالقرعة ؛ كما لو أعتقهما فلم يخرج من ثلثه إلا أحدهما ودليل الحكم في الأصل حديث عمران بن حصين .

مسألة: **(وإذا أوصى أن يشتري عبد زيد بخمسمائة فيعتق فلم يبعه سيده فالخمسمائة للورثة وإن اشتروه بأقل من ذلك فما فضل فهو للورثة)** .

أما إذا تعذر شراؤه إما لامتناع سيده من بيعه أو من بيعه بالخمسمائة وإما لموته ، أو لعجز الثلث عن ثمنه فالثمن للورثة ؛ لأن الوصية بطلت لتعذر العمل بها . فأشبه ما لو وصى لرجل فمات قبل موت الموصي أو بعده و لم يقبل و لم يدع وارثاً . ولا يلزمهم شراء عبد آخر ؛ لأن الوصية لمعين فلا تصرف إلى غيره ، وأما إن اشتروه بأقل فالباقي للورثة ؛ لأنه أمر بشرائه بخمسمائة فكان ما فضل من الثمن راجعاً إليه ؛ كما لو وكل في شرائه في حياته .

إذا ثبت هذا فإنه إن كان ثم قرينة تدل على ذلك إما لكون البائع صديقاً له أو ذا حاجة أو من أهل الدين الذين يقصدون بهذا ، أو عيّن هذا الثمن وهو يعلم حصول العبد بدونه لقلة قيمته فإنه يدفع جميع الثمن إلى زيد ؛ كما لو صرح بذلك فقال: وادفعوا إليه جميعها وإن بذله بدونها ، وإن انعدمت هذه القرائن فالظاهر أنه إنما قصد العتق وقد حصل فكان الفاضل عائداً إليه ؛ كما لو أمره بالشراء في حياته .

مسألة: **(وإذا أوصى لرجل بعبد لا يملك غيره وقيمته مائة ولآخر بثلث ماله وملكه غير العبد مائتا درهم فإن أجاز ذلك الورثة فلمن أوصى له بالثلث ثلث المائتين وربع العبد ولمن أوصى له بالعبد ثلاثة أرباعه ، وإن لم يجز ذلك الورثة فلمن أوصى له بالثلث سدس المائتين وسدس العبد ؛ لأن وصيته في الجميع ولمن أوصى له بالعبد نصفه ؛ لأن وصيته في العبد)** .

أما إذا أوصى لرجل بمعين من ماله ولآخر بجزء مشاع منه ؛ كثلث المال وربعه فأجيز لهما انفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ثم شارك صاحب المعين فيه فيقتسمانه بينهما على قدر حقيهما ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية ؛ كمسائل العول، وكما لو وصى لرجل بماله ولآخر بجزء منه وأما في حال الرد فإن كانت وصيتهما لا تجاوز الثلث مثل أن يوصي بسدس ماله لرجل ولآخر بمعين قيمته سدس المال فهي كحال الإجازة، إذ لا أثر للرد وإن جاوزته رددنا وصيتهما إلى الثلث وقسمناه بينهما على قدر وصيتهما، إلا أن صاحب المعين يأخذ نصيبه من المعين والآخر يأخذ حقه من جميع المال، هذا قول الخرقي وسائر الأصحاب ويقوى عندي أنهما في حال الرد يقتسمان الثلث على حسب مالهما في الإجازة.

وقال أبو حنيفة ومالك في الرد: يأخذ صاحب المعين نصيبه منه ويضم الآخر سهامه إلى سهام الورثة ويقتسمون الباقي على خمسة في مثل مسألة الخرقي ؛ [لأن له السدس وللورثة أربعة أسداس وهو مثل قول الخرقي][1]، إلا أن الخرقي يعطيه السدس من جميع المال وعندهما أنه يأخذ خمس المائتين وعشر العبد واتفقوا على أن كل واحد من الوصيين يرجع إلى نصف وصيته ؛ لأن كل واحد منهما قد أوصى له بثلث المال وقد رجعت الوصيتان إلى الثلث وهو نصف الوصيتين، فيرجع كل واحد إلى نصف وصيته ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية.

وفي قول الخرقي: يأخذ كل واحد منهما نصف وصيته من المحل الذي وصى له منه وصاحب الثلث يأخذ سدس الجميع ؛ لأنه وصى له بثلث الجميع، وأما على اختياري: فإن وصية صاحب العبد دون وصية صاحب الثلث ؛ لأنه وصى له بشيء شرك معه غيره فيه كله وصاحب الثلث أفرده بشيء لم يشاركه فيه غيره. فوجب أن يقسم بينهما الثلث حالة الرد على حسب مالهما في حال الإجازة كما

(١) زيادة من المغني ٦: ٥٤٦.

في سائر الوصايا . ففي مسألتنا هذه لصاحب الثلث ثلث المائتين ستة وستون وثلثان لا يزاحمه الآخر فيها ويشتركان في العبد لهذا ثلثه وللآخر جميعه فابسطه من جنس الكسر وهو الثلث يصير العبد ثلاثة واضمم إليها الثلث الذي للآخر يصر أربعة ثم اقسم العبد على أربعة أسهم يصر الثلث ربعاً كما في مسائل العول . وفي حال الرد ترد وصيتهما إلى ثلث المال وهو نصف وصيتهما فيرجع كل واحد إلى نصف وصيته فيرجع صاحب الثلث إلى سدس الجميع ويرجع صاحب العبد إلى نصفه . وعلى اختياري: يضرب مخرج الثلث في مخرج الربع يكن اثني عشر ثم في ثلاثة تكن ستة وثلاثين فلصاحب الثلث ثلث المائتين وهو ثمانية وربع العبد وهو ثلاثة أسهم صار له أحد عشر ، ولصاحب العبد ثلاثة أرباعه وذلك تسعة أسهم فتضمها إلى سهام صاحب الثلث صار الجميع عشرين سهماً ففي حال الرد تجعل الثلث عشرين سهماً والمال كله ستون[1] ، فلصاحب العبد تسعة من العبد وهو ربعه وخمسه ، ولصاحب الثلث ثمانية من الأربعين وهي خمسها ، وثلاثة من العبد وذلك عشره ونصف عشره .

مسألة: **(ومن أوصى لقرابته فهو للذكر والأنثى بالسوية ، ولا يجاوز بها أربعة آباء ؛ لأن النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذوي القربى)** .

أما إذا أوصى لقرابته أو لقرابة فلان كانت الوصية لأولاده وأولاد أبيه وأولاد جده وأولاد جد أبيه ويستوي فيه الذكر والأنثى ولا يعطى من هو أبعد منهم شيئاً . فلو وصى لقرابة النبي ﷺ أعطي أولاده وأولاد عبد الله وأولاد عبد المطلب وأولاد هاشم ولم يعط بنو عبد شمس ولا بنو نوفل شيئاً ؛ لأن الله تعالى لما قال: ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى﴾ [الحشر:٧] يعني: أقرباء النبي ﷺ ، أعطى النبي ﷺ هؤلاء الذين ذكرناهم ولم يعط من هو أبعد منهم ؛ كبني عبد شمس ونوفل شيئاً ، إلا أنه أعطى بني المطلب وعلل عطيتهم بأنهم لم يفارقوا بني هاشم في جاهلية ولا إسلام . ولم يعط قرابة أمه وهم بنو زهرة

(١) في الأصل: ستين. والصحيح ما أثبتناه.

شيئاً و لم يعط منهم[1] إلا مسلماً . فحمل مطلق كلام الموصي على ما حمل عليه المطلق من كلام ا لله وفسر بما فسر به .

ويسوي بين[2] قريبهم وبعيدهم وذكرهم وأنثاهم ؛ لأن الوصية لهم سواء ، ويدخل في الوصية الصغير والكبير والغني والفقير ولا يدخل الكفار ؛ لأنهم لم يدخلوا في المستحق من قربى النبي عليه السلام . وقد نقل عبد ا لله وصالح عن أبيهما رواية أخرى: أنه يصرف إلى قرابة أمه إن كان يصلهم في حياته ؛ كأخواله وخالاته وأخواته من أمه ، وإن كان لا يصلهم لم يعطوا شيئاً ؛ لأن عطيته لهم في حياته قرينة دالة على صلته لهم بعد مماته وإلا فلا .

وعنه رواية أخرى: أنه يجاوز بها أربعة آباء . ذكرها ابن أبي موسى في الإرشاد . وهذه الرواية تدل على أن لفظه لا يتقيد بالقيد الذي ذكرناه .

فعلى هذا يعطى كل من يعرف بقرابته من قبل أبيه وأمه الذين يتنسبون إلى الأب الأدنى الذي ينتسب إليه . وهذا مذهب الشافعي ؛ لأنهم قرابة فيتناولهم الاسم ويدخلون في عمومه . وإعطاء النبي عليه السلام بعض قرابته تخصيص لا يمنع من العمل بالعموم في غير ذلك الموضع .

وأما إن كان في لفظه ما يدل على إرادة قرابة أمه ؛ كقوله: وتفضل قرابتي من جهة أبي على قرابتي من قبل أمي ، أو قوله: إلا ابن خالتي فلاناً ونحو ذلك أو قرينة تخرج بعضهم عمل بما دلت عليه القرينة ؛ لأنها تصرف اللفظ عن ظاهره إلى غيره .

مسألة: **(وإن قال: لأهل بيتي ، أعطي من قبل أبيه وأمه)** .

يعني: تعطى أمه وأقاربها الأخوال والخالات ، وآباء أمه وأولادهم وكل من يعرف بقرابته . والمنصوص عن أحمد فيما وقفنا عليه التسوية بين هذا اللفظ ولفظ القرابة فإنه قال في رواية عبد ا لله: إذا وصى بثلث ماله لأهل بيته هو بمثابة قوله لقرابتي ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد . وقال: قال أحمد: قال النبي ﷺ : «لا تحل

(١) في الأصل: منه. وما أثبتناه من المغني ٦: ٥٤٩.

(٢) في الأصل: من. وما أثبتناه من المغني ٦: ٥٤٩.

الصدقة لي ولأهل بيتي»[1]، فجعل سهم ذي القربى لهم عوضاً من الصدقة التي حرمت عليهم. فكان ذوو القربى الذين سماهم الله هم أهل بيته الذين حرم عليهم الصدقة. وذكر حديث زيد بن أرقم أن النبي ﷺ قال: «أُذكِّرُكم الله في أهل بيتي. قال قلنا: من أهل بيته نساؤه؟ قال: لا، أصله وعشيرته الذين حرمت عليهم الصدقة: آل علي وآل عقيل وآل جعفر وآل العباس»[2].

وقال القاضي: قال ثعلب: أهل البيت عند العرب آباء الرجل وأولادهم؛ كالأجداد والأعمام وأولادهم، ويستوي فيه الذكور والإناث. وذكر القاضي: أن أولاد الرجل لا يدخلون في اسم القرابة ولا أهل بيته وليس هذا بشيء، فإن ولد النبي ﷺ من أهل بيته وأقاربه الذين حرموا الصدقة وأعطوا من سهم ذوي القربى وهم من أقرب أقاربه فكيف لا يكونون من أقاربه، وقد قال عليه السلام لفاطمة وولديها وزوجها: «اللهمّ هؤلاء أهل بيتي فأذهب عنهم الرجس وطهرهم تطهيراً»[3].

ولو وقف على أقارب رجل أو وصى لأقاربه دخل فيه ولده بغير خلاف علمناه، والخرقي عدهم في القرابة بقوله: ولا يجاوز بها أربعة آباء؛ لأن النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذوي القربى. فجعل هاشماً الأب الرابع ولا يكون رابعاً إلا أن يعد النبي ﷺ أباً؛ لأن هاشماً إنما هو رابع النبي ﷺ.

مسألة: **(وإذا أوصى أن يحج عنه بخمسمائة فما فضل رد في الحج)**.

أما إذا أوصى أن يحج عنه بقدر من المال وجب صرف جميع ذلك في الحج إذا حمله الثلث؛ لأنه وصى بجميعه في جهة قربة. فوجب صرفه فيها؛ كما لو وصى به في سبيل الله، وليس للولي أن يصرف إلى من يحج أكثر من نفقة المثل؛ لأنه أطلق له التصرف في المعاوضة فاقتضى ذلك عوض المثل كالتوكيل في البيع ثم

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١٧٦٩٩) ٤: ١٨٦.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (٢٤٠٨) ٤: ١٨٧٣ كتاب فضائل الصحابة، باب من فضائل علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (٣٢٠٥) ٥: ٣٥١ كتاب تفسير القرآن، باب ومن سورة الأحزاب.

لا يخلو إما أن يكون بقدر نفقة المثل لحجة واحدة فيصرف فيها أو ناقصاً عنها فيحجج به من حيث يبلغ في ظاهر منصوص أحمد .

وقال القاضي: يعان به في الحج ، وعن أحمد أنه مخير في ذلك .

الحال الثالث: أن يفضل عن الحجة فيدفع في حجة ثانية ثم في حجة ثالثة إلى أن ينفذ أو يبقى ما لا يبلغ حجة فيحج عنه[1] من حيث يبلغ على ما ذكرنا من الخلاف فيه ، ولا يستنيب في الحج مع الإمكان إلا من بلد المحجوج عنه ؛ لأنه نائب عن الميت وقائم مقامه فينوب عنه من موضع لو حج المنوب عنه لحج منه . فإن كان الموصى به لا يحمله الثلث لم يخل من أن يكون الحج فرضاً أو تطوعاً ، فإن كان فرضاً أخذ أكثر الأمرين من الثلث أو القدر الكافي لحج الفرض ، فإن كان الثلث أكثر أخذ ثم يصرف منه في الفرض قدر ما يكفيه ثم يحج بالباقي تطوعاً حتى ينفذ كما ذكرنا من قبل ، وإن كان الثلث أقل تمم قدر ما يكفي الحج من رأس المال ، وبهذا قال الشافعي ؛ لقول النبي ﷺ : «لو كان على أبيك دين أكنت تقضيه ؟ قال: نعم . قال: فدين الله أحق أن يقضى»[2] ، والدين من رأس المال [فما هو أحق منه أولى .

ولأنه واجب . فكان من رأس المال][3] ؛ كدين الآدمي وإن كان تطوعاً أخذ الثلث لا غير إذا لم يجز الورثة ويحج به على ما ذكرنا فيما مضى .

مسألة: (**وإن قال: حجة بخمسمائة فما فضل فهو لمن يحج**) .

أما إذا أوصى أن يحج عنه بقدر من المال حجة واحدة وكان فيه فضلة عن قدر ما يحج به فهو لمن يحج ؛ لأنه قصد إرفاقه بذلك فكأنه صرح ، بأن قال: أحجوا عني حجة واحدة بخمسمائة وما فضل منها فهو لمن يحج . ثم إن عين من يحج عنه فقال: يحج عني فلان بخمسمائة صرف ذلك إليه ، وإن لم يعين أحداً فللوصي صرفها إلى من شاء ؛ لأنه فوض إليه الاجتهاد ، إلا أنه لا يملك صرفها إلى

---

(١) في الأصل: به. وما أثبتناه من المغني ٦: ٥٦١.

(٢) أخرجه النسائي في سننه (٢٦٣٩) ٥: ١١٨ كتاب مناسك الحج ، تشبيه قضاء الحج بقضاء الدين.

(٣) زيادة من المغني ٦: ٥٦١.

وارث إذا كان فيها فضل إلا بإذن الورثة ، وإن لم يكن فيها فضل جاز ؛ لأنها لا محاباة فيها ، ثم ينظر فإن كان الحج للموصى به تطوعاً فجميع القدر الموصى به من الثلث ، وإن كان واجباً فالزائد عن نفقة المثل معتبر من الثلث ، وإن لم يف الموصى به بالحج الواجب أتم من رأس المال ، وإن كان تطوعاً فإنه يحج به من حيث يبلغ على ما مضى .

فصل

وإن عين رجلاً للحج فأبى أن يحج بطل التعيين ويحج عنه بأقل ما يمكن إنسان ثقة سواه ، ويصرف الباقي إلى الورثة . ولو قال المعين: اصرفوا الحجة إلى من يحج وادفعوا الفضل إليّ ؛ لأنه موصى به لي لم يصرف إليه شيء ؛ لأنه إنما أوصى له بالزيادة بشرط أن يحج فإذا لم يفعل لم يوجد الشرط فلم يستحق شيئاً .

مسألة: **(وإن قال: حجوا عَني حجة فما فضل رد إلى الورثة)** .

أما إذا أوصى بحجة و لم يذكر قدراً من المال فإنه لا يدفع إلى من يحج إلا قدر نفقة المثل ؛ لما ذكرنا . وإن فضل فضل عن ذلك فهو للورثة وهذا ينبني على أن الحج لا يجوز الاستئجار عليه إنما ينوب عنه فيه نائب فما ينفق عليه فيما يحتاج إليه فهو من مال الموصي وما بقي رده على ورثته . وإن تلف المال في الطريق فهو من مال الموصي وليس على النائب إتمام المضي إلى الحج عنه .

وعلى الرواية الأخرى: يجوز الاستئجار عليه فلا يستأجر إلا ثقة بأقل ما يمكن وما فضل فهو لمن يحج ؛ لأنه ملك ما أعطي بقدر الإجارة . وإن تلف المال في الطريق بعد قبض الأجير له فهو من ماله ويلزمه إتمام الحج ، وإن قال: حجوا عني و لم يقل: حجة واحدة لم يحج عنه[1] إلا حجة واحدة ؛ لأنه أقل ما يقع عليه الاسم . فإن عين مع هذا من يحج عنه فقال: يحج عني فلان فإنه يدفع إليه قدر نفقته من بلده إذا خرج من الثلث ، فإن أبى الحج إلا بزيادة تصرف إليه فينبغي أن يصرف إليه أقل قدر يمكن أن يحج به غيره ، وإن أبى الحج وكان واجباً استنيب

(١) زيادة من المغني ٦: ٥٦٤.

غيره بأقل ما يمكن استنابته به ، وإن كان تطوعاً احتمل بطلان الوصية ؛ لأنه عين لها جهة فإذا لم يقبلها بطلت الوصية[1] ؛ كما لو قال: بيعوا عبدي لفلان[2] بمائة فأبى شراءه ، ويحتمل أن لا تبطل ويستناب غيره ؛ لأنه قصد القربة والتعيين . فإذا بطل التعيين لم تبطل القربة ؛ كما لو قال: بيعوا عبدي لفلان وتصدقوا بثمنه فلم يقبل فلان فإنه يباع لغيره ويتصدق بثمنه .

مسألة: **(ومن أوصى لرجل بثلث ماله فقتل عمداً أو خطأ وأخذت الدية فلمن أوصى له بالثلث ثلث الدية في إحدى الروايتين ، والرواية الأخرى: ليس لمن أوصى له بالثلث من الدية شيء)** .

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن أوصى بثلث ماله أو جزء منه مشاع فقتل الموصي وأخذت ديته هل للوصي فيها شيء أو لا ؟ فنقل مهنا عن أحمد أنه يستحق منها ، وروي ذلك عن علي عليه السلام في دية الخطأ ، وهو قول مالك ، ونقل ابن منصور عن أحمد: لا تدخل الدية في وصيته ، وقاله مالك في دية العمد ؛ لأن الدية إنما تجب للورثة بعد موت الموصي بدليل أن سببها الموت فلا يجوز وجوبها قبله ؛ لأن الحكم لا يتقدم سببه ولا يجوز أن تجب للميت بعد موته ؛ لأنه بالموت تزول أملاكه الثابتة له فكيف يتجدد له ملك ؟ فلا يدخل في الوصية ؛ لأن الميت إنما يوصي بجزء من ماله لا بمال ورثته .

ووجه الرواية الأولى وهي أصح: أن الدية تجب للميت ؛ لأنها بدل نفسه ونفسه له فكذلك بدلها .

ولأن بدل أطرافه في أيام حياته له فكذلك بدلها بعد موته ، ولهذا تقضى منها ديونه ويجهز منها إن كان قبل تجهيزه وإنما يزول من أملاكه ما استغنى عنه ، وأما ما تعلقت به حاجته فلا .

(١) زيادة من المغني ٦: ٥٦٤.
(٢) مثل السابق.

ولأنه يجوز أن يتجدد له ملك بعد الموت؛ كمن نصب شبكة فسقط فيها صيد بعد موته فإنه يملكه بحيث تقضى منه ديونه ويجهز فكذلك ديته؛ لأن تنفيذ وصيته من حاجته فأشبهت قضاء دينه.

وإن كانت الوصية بمعين فعلى الرواية الأولى: يعتبر خروجه من ثلث ماله وديته، وعلى الأخرى: يعتبر خروجه من أصل ماله دون ديته؛ لأنها ليست من ماله.

مسألة: **(وإذا أوصى إلى رجل وبعده إلى آخر فهما وصيان، إلا أن يقول: قد أخرجت الأول).**

معنى: أوصى إلى رجل أي: جعل له التصرف بعد موته فيما كان له التصرف فيه من قضاء ديونه واقتضائها ورد الودائع واستردادها وتفريق وصيته والولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم من الصبيان والمجانين ومن لم يؤنس رشده، والنظر لهم في أموالهم بحفظها والتصرف فيها بما لهم الحظ فيه.

وأما من لا ولاية له عليهم؛ كالعقلاء والراشدين وغير أولاده من الإخوة والأعمام وسائر من عدا الأولاد فلا تصح الوصية عليهم؛ لأنه لا ولاية للموصى عليهم في الحياة فلا يكون ذلك لنائبه بعد الموت.

إذا ثبت هذا فإنه إذا أوصى إلى رجل ثم أوصى إلى آخر فهما وصيان إلا أن يقول: قد أخرجت الأول أو قد عزلته؛ لأنه قد وجدت الوصية إليهما من غير عزل واحد منهما. فكانا وصيين؛ كما لو أوصى إليهما دفعة واحدة. وأما إن أخرج الأول انعزل وكان الثاني هو الوصي؛ كما لو عزله بعد الوصية إلى الثاني.

فصل

ويجوز أن يوصي إلى رجلين معاً في شيء واحد، ويجعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً فيقول: أوصيت إلى كل واحد منكما أن ينفرد بالتصرف؛ لأنه جعل كل واحد منهما وصياً مفرداً، وهذا يقتضي تصرفه على الانفراد. وله أن يوصي إليهما ليتصرفا مجتمعين، وليس لواحد منهما الانفراد بالتصرف؛ لأنه لم

يجعل ذلك إليه ولم يرض بنظره وحده، وهاتان الصورتان لا نعلم فيهما خلافاً.

وإن أطلق فقال: أوصيت إليكما في كذا فليس لأحدهما الانفراد بالتصرف، وبه قال مالك والشافعي؛ لأنه شرّك بينهما في النظر. فلم يكن لأحدهما الانفراد به؛ كالوكيلين.

مسألة: (**وإن كان الوصي خائناً جعل معه أمين**).

ظاهر هذا صحة الوصية إلى الفاسق ويضم إليه أمين. وكذلك إن كان عدلاً فتغيرت حاله إلى الخيانة لم يخرج منها ويضم إليه أمين. وحمل القاضي كلام الخرقي في إبقائه في الوصية، على أن خيانته طرأت بعد الموت، وأما إن كانت خيانته موجودة حال الوصية إليه لم تصح؛ لأنه لا يجوز تولية الخائن على يتيم في حياته فكذلك بعد موته.

ولأن الوصية ولاية وأمانة والفاسق ليس من أهلهما.

فعلى هذا إذا كان الوصي فاسقاً فحكمه حكم من لا وصي له وينظر في ماله الحاكم، وإن طرأ فسقه بعد الوصية زالت ولايته وأقام الحاكم مقامه أميناً. هذا اختيار القاضي، وهو قول الشافعي، وعلى قول الخرقي: لا تزول ولايته ويضم إليه أمين ينظر معه؛ لأنه أمكن حفظ المال بالأمين. ويحصل نظر الوصي[1] بإبقائه في الوصية فيكون جمعاً بين الحقين. وإن لم يمكن حفظ المال بالأمين تعين إزالة يد الفاسق الخائن وقطع تصرفه؛ لأن حفظ المال على اليتيم أولى من رعاية قول الوصي الفاسد.

وأما التفريق بين الفسق الطارئ والمقارن فبعيد. فإن الشروط تعتبر في الدوام كاعتبارها في الابتداء سيما إذا كانت لمعنى يحتاج إليه في الدوام ولو لم يكن بد من التفريق لكان اعتبار العدالة في الدوام أولى من قبل أن الفسق إذا كان موجوداً حال الوصية فقد رضي به الموصي مع علمه بحاله وأوصى إليه راضياً بتصرفه مع فسقه فيشعر ذلك بأنه علم أن عنده من الشفقة على اليتيم ما يمنعه من التفريط فيه

(١) في الأصل: الوكيل. وما أثبتناه من المغني ٦: ٥٧٣.

وخيانته في ماله بخلاف ما إذا طرأ الفسق فإنه لم يرض به على تلك الحال والاعتبار برضاه، ألا ترى أنه لو أوصى إلى واحد جاز له التصرف وحده، ولو وصى إلى اثنين لم يجز للواحد التصرف.

مسألة: **(وإن كانا وصيين فمات أحدهما أقيم مقام الميت أمين)**.

ومعناه: أنه يجوز للرجل الوصية إلى اثنين. فمتى أوصى إليهما مطلقاً لم يجز لواحد منهما الانفراد بالتصرف. فإن مات أحدهما أو جن أو وجد منه ما يوجب عزله أقام الحاكم مقامه أميناً؛ لأن الموصي لم يرض بنظر هذا الباقي منهما وحده، فإن أراد الحاكم رد النظر إلى الباقي منهما لم يكن له ذلك؛ لأن الموصي لم يرض بتصرف هذا وحده. فوجب ضم غيره إليه؛ لأن الوصية مقدمة على نظر الحاكم واجتهاده، وإن تغيرت حالهما جميعاً بموت أو غيره فللحاكم أن ينصب مكانهما، وهل له نصب واحد؟ فيه وجهان:

أحدهما: له ذلك؛ لأنه لما عدم الوصيان صار الأمر إلى الحاكم بمنزلة ما لم يوص ولو لم يوص لاكتفى بواحد كذا هاهنا. ويفارق ما إذا كان أحدهما حياً؛ لأن الموصي بيَّن أنه لا يرضى بهذا وحده بخلاف ما إذا ماتا معاً.

والثاني: لا يجوز أن ينصب إلا اثنين؛ لأن الموصي لم يرض بواحد. فلم يقتنع به؛ كما لو كان أحدهما حياً، وأما إن جعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً فمات أحدهما أو خرج من الوصية لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه؛ لأن الباقي منهما له النظر بالوصية فلا حاجة إلى غيره. وإن ماتا معاً أو خرجا عن الوصية فللحاكم أن يقيم واحداً يتصرف وإن تغيرت حال أحد الوصيين تغيراً لا يزيله عن الوصية؛ كالعجز عنها لضعف أو علة ونحو ذلك وكانا ممن لكل واحد منهما التصرف منفرداً فليس للحاكم أن يضم إليهما أميناً؛ لأن الباقي منهما يكفي، إلا أن يكون الباقي منهما يعجز عن التصرف وحده لكثرة العمل ونحوه فله أن يقيم أميناً، وإن كان ممن ليس لأحدهما التصرف على الانفراد فعلى الحاكم أن يقيم مقام من ضعف عنها أميناً يتصرف معه على كل حال فيصيرون ثلاثة، الوصيان والأمين معهما ولكل واحد منهما التصرف وحده.

فصل

وإذا اختلف الوصيان عند من يجعل المال منهما لم يجعل عند واحد منهما و لم يقسم بينهما وجعل في مكان تحت أيديهما جميعاً ؛ لأن الموصي لم يأمن أحدهما على حفظه ولا التصرف فيه ؛ لأن حفظ المال من جملة الموصى به . فلم يجز لأحدهما الانفراد به ؛ كالتصرف .

ولأنه لو جاز لكل واحد منهما أن ينفرد بحفظ بعضه لجاز أن ينفرد بالتصرف في بعضه .

مسألة: **(ومن أعتق في مرضه أو بعد موته عبدين لا يملك غيرهما وقيمة أحدهما مائتان والآخر ثلاثمائة فلم يجز الورثة أقرع بينهما ، فإن وقعت القرعة على الذي قيمته مائتان عتق منه خمسة أسداسه وهو ثلث الجميع ، وإن وقعت على الآخر عتق منه خمسة أتساعه ؛ لأن جميع ملك الميت خمسمائة وهو قيمة العبدين فتضرب في ثلاثة وأخذ ثلثه خمسمائة ، فلما إن وقعت القرعة على الذي قيمته مائتان ضربناه في ثلاثة فصيرناه ستمائة فصار العتق منه خمسة أسداسه ، وكذلك يفعل في الآخر إذا وقعت عليه القرعة . وكل شيء يأتي من هذا الباب فسبيله أن يضرب في ثلاثة ليخرج بلا كسر)** .

هذه المسألة تشتمل على أربعة أحكام:

الأول: أن حكم العتق في مرض الموت حكم الوصية لا يجوز منه إلا ثلث المال ، إلا أن يجيزه الورثة ، وهذا قول عامة الفقهاء .

والأصل فيه حديث عمران بن حصين «أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة أعبد عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم النبي ﷺ فأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة ، وقال له قولاً شديداً»[1] .

ولأنه تبرع في مرض موته . فأشبه سائر العطايا والصدقات .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢٣٣.

الثاني: أن العتق إذا كان في أكثر من واحد و لم يحملهم الثلث كملنا الثلث في واحد بالقرعة ، وإن كانوا جماعة كملنا العتق في بعضهم بالقرعة بدليل حديث عمران بن حصين المذكور .

الثالث: أنه إذا لم يخرج من الثلث إلا جزء من عبد عتق ذلك الجزء خاصة ورق باقيه على ما سنذكره في العتق إن شاء الله تعالى .

الرابع: إثبات القرعة ومشروعيتها بدليل حديث عمران وفعل النبي عليه السلام في الأعبد الذين أقرع بينهم . وأما كيفية تكميل العتق فإن العبيد إن تساوت قيمتهم وكان لهم ثلث صحيح ؛ كستة أعبد قيمة كل اثنين منهم ثلث المال جعلنا كل اثنين ثلثاً وأقرعنا بينهم بسهم حرية وسهمي رق كما فعل النبي ﷺ فاللذان يقع لهما سهم الحرية يعتقان ويرق الآخرون ، وإن كان فيهم كسر كمسألة الخرقي أقرعت بين العبدين فأيهما وقعت عليه قرعة الحرية ضربت قيمته في ثلاثة أسهم فما بلغ نسبت إليه قيمة العبدين جميعاً فمهما خرج بالنسبة فهو القدر الذي يعتق منه . ففي هذه المسألة إذا وقعت القرعة على الذي قيمته مائتان ضربتهما في ثلاثة صارتا ستمائة ونسبت منها قيمة العبدين معاً وهي خمسمائة تجدها خمسة أسداسها فيعتق خمسة أسداسه ، وإن وقعت على الآخر عتق منه خمسة أتساعه . وتمام شرح ذلك يأتي في باب العتق إن شاء الله تعالى .

مسألة: **(وإذا أوصى بعبد من عبيده لرجل ولم يسم العبد كان له أحدهم بالقرعة إذا كان يخرج من الثلث ، وإلا ملك منه بقدر الثلث)** .

أما الوصية بغير معين ؛ كعبد من عبيده وشاة من غنمه فتصح . وقد ذكرنا أن الوصية بالمجهول تصح فيما مضى ، وبه قال مالك والشافعي ، واختلفت الرواية فيما يستحقه الموصى له فروي أنه يستحق أحدهم بالقرعة .

وعن أحمد: يعطيه الورثة ما شاؤوا من العبيد ، وهو قول الشافعي . والصحيح: أنه يعطي واحداً بالقرعة ؛ لأنه يستحق واحداً غير معين فليس واحد بأولى من واحد فوجب المصير إلى القرعة ؛ كما لو أعتق واحداً منهم ، وعلى الرواية الأخرى: تعطيه الورثة من عبيده ما شاؤوا من صحيح أو معيب جيد أو

رديء ؛ لأنه يتناوله اسم العبد . فأجزأ ؛ كما لو وصى له بعبد و لم يصفه إلى عبيده ، و لم يكن له إلا عبد واحد تعينت الوصية فيه ، وكذلك إن كان له عبيد فماتوا كلهم إلا واحداً تعينت الوصية فيه ؛ لتعذر تسليم الباقي ، وإن تلف رقيقه جميعهم قبل موت الموصي أو قتلوا بطلت الوصية ؛ لأنها إنما تلزم بالموت ولا رقيق له حينئذ ، وإن تلفوا بعد موته بغير تفريط من الورثة بطلت الوصية ؛ لأن التركة عند الورثة غير مضمونة ؛ لأنها حصلت في أيديهم بغير فعلهم وإن قتلهم قاتل فللموصى له قيمة أحدهم مبنياً على الروايتين فيمن يستحقه منهم في الحياة .

مسألة: **(وإذا أوصى له بشيء بعينه فتلف الشيء بعد موت الموصي لم يكن للموصى له شيء ، وإن تلف المال كله إلا الموصى به فهو للموصى له)** .

أجمع أهل العلم على أن الموصى به إذا تلف قبل موت الموصي أو بعده فلا شيء للموصى له كذلك . حكاه ابن المنذر ، وذلك لأن الموصى له إنما يستحق بالوصية لا غير وقد تعلقت بمعين وقد ذهب فذهب حقه ؛ كما لو تلف في يده ، والتركة في يد الورثة غير مضمونة عليهم ؛ لأنها حصلت في أيديهم بغير فعلهم ولا تفريطهم فلم يضمنوا شيئاً . وإن تلف المال كله سواه بعد موت الموصي فهو للموصى له ؛ لأن حقوق الورثة لا تتعلق به لتعيينه ولذلك يملك أخذه بغير رضاهم وإذنهم فكان حقه فيه دون سائر المال وحقوقهم في سائر المال دونه ، فأيهما تلف حقه لم يشارك الآخر في حقه ؛ كما لو كان التلف بعد ما أخذه الموصى له وقبضه ؛ كالورثة إذا اقتسموا ثم تلف نصيب أحدهم .

مسألة: **(ومن أوصي له بشيء فلم يأخذه زماناً قوِّم وقت الموت لا وقت الأخذ)** .

الاعتبار في قيمة الموصى به وخروجها من الثلث أو عدم خروجها بحالة الموت ؛ لأنها حال لزوم الوصية فتعتبر قيمة المال فيها ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي فينظر فإن كان الموصى به وقت الموت ثلث التركة أو دونه نفذت الوصية واستحقه الموصى له كله فإن زادت قيمته حتى صار معادلاً لبقية المال أو أكثر منه أو هلك المال كله سواه فهو للموصى له ولا شيء للورثة فيه فإن كان

حين الموت زائداً عن الثلث فللموصى له منه قدر ثلث المال . فإن كان نصف المال فللموصى ثلثاه ، وإن كان ثلثيه فللموصى له نصفه ، وإن كان نصف المال وثلثه فللموصى له خمساه فإن نقص بعد ذلك أو زاد أو نقص سائر المال أو زاد فليس للموصى له سوى ما كان له حين الموت . فلو وصى بعبد قيمته مائة وله سواه مائتان فزادت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائتين فهو للموصى له كله ، وإن كانت قيمته حين الموت مائتين فللموصى له ثلثاه ؛ لأنهما ثلث المال فإن نقصت قيمته بعد الموت حتى صار يساوي مائة لم يزد حق الموصى له عن ثلثه شيئاً إلا أن يجيز الورثة ، وإن كانت قيمته أربعمائة فللموصى له نصفه لا يزاد حقه عن ذلك ، سواء نقص العبد أو زاد أو نقص المال أو زاد .

مسألة: (**وإذا أوصى بوصايا وفيها عتاقة فلم يف الثلث بالكل تحاصوا في الثلث وأدخل النقص على كل واحد منهم بقدر ما له في الوصية**) .

أما إذا خلت الوصايا من العتق وتجاوزت الثلث ورد الورثة الزيادة فإن الثلث يقسم بين الموصى لهم على قدر وصاياهم ، ويدخل النقص على كل واحد بقدر ما له في الوصية على مثل مسائل العول إذا زادت الفروض عن المال . فلو وصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمائة ولآخر بمعين قيمته خمسون ووصى بفداء أسير بثلاثين ولعمارة مسجد بعشرين وثلث ماله مائة جمعت الوصايا كلها فوجدتها ثلاثمائة ونسبت منها الثلث فتجده ثلثه فتعطي كل واحد منهم ثلث وصيته فلصاحب الثلث ثلث المائة وكذلك لصاحب المائة ويرجع صاحب الخمسين إلى ثلثها ، ولفداء الأسير عشرة ، ولعمارة المسجد ستة وثلثان .

وأما إن كان فيها عتق فعن أحمد فيها روايتان:

إحداهما: أن يقسم الثلث بين جميع الوصايا العتق وغيره ، يقسم بينهم على ما ذكرنا ؛ لأنهم تساووا في سبب الاستحقاق . فتساووا فيه ؛ كسائر الوصايا .

والرواية الثانية: يقدم العتق ويبدأ به فإن فضل منه شيء قسم بين سائر أهل الوصايا على قدر وصاياهم . روي هذا عن عمر وابنه ، وهو قول مالك ؛ لأن فيه حقاً لله تعالى وحقاً لآدمي فكان آكد .

ولأنه لا يلحقه فسخ ويلحق غيره ذلك .

ولأنه أقوى بدليل سرايته ونفوذه من الراهن والمفلس ، وعن الشافعي كالروايتين .

مسألة: (**ومن أوصى بفرس في سبيل الله وألف درهم تنفق عليه فمات الفرس كانت الألف للورثة وكذلك إن أنفق بعضها رد الباقي إلى الورثة**) .

إنما كان كذلك ؛ لأنه عين للوصية جهة . فإذا فاتت عاد الموصى به إلى الورثة ؛ كما لو وصى بشراء عبد زيد يعتق فمات العبد أو لم يبعه سيده . وإن أنفق بعض الدراهم ثم مات الفرس بطلت الوصية في الباقي ؛ كما لو وصى بشراء عبدين فمات أحدهما قبل شرائه .

قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل أوصى بألف درهم في السبيل أيجعل في الحج منها ؟ فقال: لا . إنما يعرف الناس السبيل الغزو . والله أعلم .

كتاب الفرائض

قال عمر رضي الله عنه: «تعلموا الفرائض والسنن واللحن كما تعلموا القرآن»[1] يريد باللحن: لغة العرب بإعرابها.

وقال الأزهري: تعلموا لغة العرب في القرآن واعرفوا معانيه؛ كقوله تعالى: ﴿ولتعرفنهم في لحن القول﴾ [محمد: ٣٠] أي: معناه وفحواه.

واللحن: اللغة والنحو، واللحن أيضاً: الخطأ في الإعراب فهو من الأضداد. وكان ابن الأعرابي يقول: اللحن بالسكون الفطنة والخطأ سواء، وخالفه عامة أهل اللغة وقالوا: الفطنة بالفتح، والخطأ بالسكون، واللحن أيضاً بالتحريك: الفطنة. وقد روي: «أن القرآن نزل بلحن قريش» أي: بلغتهم. وقال[2] في المغني: تعلموا الغريب واللحن؛ لأن في ذلك فهم غريب القرآن ومعانيه ومعاني الحديث والسنة، ومن لم يعرفه لم يعرف أكثر الكتاب ولم يعرف أكثر السنن.

عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «تعلموا الفرائض وعلموها فإنه نصف العلم وهو يُنسَى وهو أول شيء يُنزعُ من أُمتي»[3] رواه ابن ماجة والدارقطني.

وعن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال: «العلم ثلاثة وما سوى ذلك فضل: آية محكمة، أو سنة قائمة، أو فريضة عادلة»[4] رواه أبو داود وابن ماجة.

وعن الأحوص عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «تعلموا القرآن وعلموه الناس، وتعلموا الفرائض وعلموها فإني امرؤ مقبوض والعلم

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٠٩ كتاب الفرائض، باب الحث على تعليم الفرائض.

(٢) هنا كلمة غير واضحة في مصورة الأصل.

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧١٩) ٢: ٩٠٨ كتاب الفرائض، باب الحث على تعليم الفرائض.
وأخرجه الدارقطني في سننه (١) ٤: ٦٧ كتاب الفرائض.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٨٥) ٣: ١١٩ كتاب الفرائض، باب ما جاء في تعليم الفرائض.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٥٤) ١: ٢١ المقدمة، باب اجتناب الرأي والقياس.

مرفوع ، ويوشك أن يختلف اثنان في الفريضة والمسألة فلا يجدان أحداً يخبرهما »[1] رواه أحمد .

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (**ولا يرث أخ ولا أخت لأب وأم أو لأب مع ابن ولا مع ابن ابن وإن سفل ولا مع أب**) .

أجمع أهل العلم على هذا . ذكره ابن المنذر وغيره .

والأصل في هذا قول الله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ . . . الآية﴾ [النساء:١٧٦] والمراد بذلك: الإخوة والأخوات من الأبوين أو من الأب بلا خلاف بين أهل العلم .

ولأنه قال: ﴿وهو يرثها إن لم يكن لها ولد﴾ [النساء:١٧٦] وهذا حكم العصبة . واقتضت الآية أنهم لا يرثون مع الولد والوالد ؛ لأن الكلالة من لا ولد له ولا والد ، خرج من ذلك البنات والأم ؛ لقيام الدليل على ميراثهم معهما بقي ما عداهما على ظاهره ، فيسقط ولد الأبوين ذكرهم وأنثاهم بثلاثة بالابن وابن الابن وإن سفل وبالأب ، ويسقط ولد الأب بهؤلاء الثلاثة وبالأخ من الأبوين ؛ لما روي عن علي أنه قال: « إنكم تقرأون هذه الآية ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾ [النساء:١١] وإن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية . وأن أعيان بني الأم يتوارثون دون بني العلات ، الرجل يرث أخاه لأبيه وأمه دون أخيه لأبيه »[2] رواه أحمد والترمذي .

مسألة: (**ولا يرث أخ ولا أخت لأم مع ولد ، ذكراً أو أنثى ، ولا مع ولد الابن ولا مع أب ولا مع جد**) .

أما ولد الأم ذكرهم وأنثاهم يسقطون بأربعة بالولد وولد الابن والأب والجد أب الأب وإن علا ، أجمع أهل العلم على هذا ولا نعلم أحداً خالف في هذا إلا

---

(١) أخرجه الدارمي في سننه (٢٢٦) ١: ٥٥ المقدمة ، باب الاقتداء بالعلماء.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (٢٠٩٤) ٤: ٤١٦ كتاب الفرائض ، باب ما جاء في ميراث الإخوة من الأب والأم .

وأخرجه أحمد في مسنده (١٠٩١) ١: ١٣١ .

رواية شذت عن ابن عباس في أبوين وأخوين لأم، للأم الثلث وللأخوين الثلث، وقيل عنه: لهما ثلث الباقي وهذا بعيد جداً، فإن ابن عباس يُسقط الإخوة كلهم بالجد فكيف يورث ولد الأم مع الأب؟ ولا خلاف بين سائر أهل العلم في أن ولد الأم يسقطون بالجد فكيف يرثون مع الأب؟

والأصل في هذه الجملة: قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ [النساء:١٢] والمراد بهذه الآية: الأخ والأخت من الأم بإجماع أهل العلم، وفي قراءة سعد بن أبي وقاص: "وله أخ أو أخت من أم". والكلالة في قول الجمهور: من ليس له ولد ولا والد فشرط في توريثهم عدم الولد والوالد، والولد يشمل الذكر والأنثى، والوالد يشمل الأب والجد.

مسألة: (**والأخوات مع البنات عصبة لهن ما فضل وليست لهن معهن فريضة مسماة**).

العصبة: من يحوز المال لا بالرد أو ما أبقت الفروض، وإن استغرقت الفروض المال سقط، والمراد بالأخوات هاهنا: الأخوات من الأبوين أو من الأب؛ لأنه قد ذكر أن ولد الأم لا ميراث لهم مع الولد، وهذا قول عامة أهل العلم.

قال ابن مسعود في بنت وبنت ابن وأخت: «لأقضين فيها بقضاء رسول الله ﷺ، للبنت النصف ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين وما بقي فللأخت»[1] رواه الجماعة إلا مسلماً والنسائي.

والنبي عليه السلام هو المبين لكلام الله قد جعل للأخت مع البنت وبنت الابن الباقي عن فرضهما وهو الثلث، ولو كانت ابنتان وبنت ابن لسقطت بنت

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٣٥٥) ٦: ٢٤٧٧ كتاب الفرائض، باب ميراث ابنة ابن مع ابنة.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٨٩٠) ٣: ١٢٠ كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث الصلب.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٢٠٩٣) ٤: ٤١٥ كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث ابنة الابن مع ابنة الصلب.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧٢١) ٢: ٩٠٩ كتاب الفرائض، باب فرائض الصلب.
وأخرجه أحمد في مسنده (٣٦٨٣) طبعة إحياء التراث.

الابن وكان للأخت الباقي وهو الثلث ، فإن كان معهن أم فلها السدس ويبقى للأخت السدس ، فإن كان بدل الأم زوج فالمسألة من اثني عشر ، للزوج الربع وللابنتين الثلثان ويبقى للأخت نصف السدس ، فإن كان معهم الأم عالت المسألة وسقطت الأخت .

مسألة: **(وبنات الابن بمنزلة البنات إذا لم يكن بنات)** .

أجمع أهل العلم على أن بنات الابن بمنزلة البنات عند عدمهن في إرثهن وحجبهن لمن يحجبه البنات وفي جعل الأخوات معهن عصبات وفي أنهن إذا استكملن الثلثين سقط من أسفل منهن من بنات الابن وغير ذلك .

والأصل في ذلك: قول الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [النساء:١١] . وولد البنين أولاد قال الله: ﴿يَا بَنِي آدَمَ﴾ [الأعراف:٢٦] يخاطب أمة محمد ﷺ ، وقال: ﴿يَا بَنِي إِسْرَائِيلَ﴾ [البقرة:٤٠] يخاطب بذلك من في عصر النبي عليه السلام منهم . وقال الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا   بنوهن أبناء الرجال الأباعد

مسألة: **(فإن كن بنات وبنات ابن فللبنات الثلثان وليس لبنات الابن شيء ، إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين)** .

أجمع أهل العلم على أن فرض الابنتين الثلثان إلا رواية شذت عن ابن عباس: أن فرضهما النصف ؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [النساء:١١] فمفهومه: أن ما دون الثلاث ليس لهما الثلثان ، والصحيح قول الجماعة فإن النبي ﷺ قال لأخي سعد بن الربيع: «أعط ابنتي سعد الثلثين»[1] .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٩١) ٣: ١٢٠ كتاب الفرائض ، باب ما جاء في ميراث الصلب .
وأخرجه الترمذي في جامعه (٢٠٩٢) ٤: ٤١٤ كتاب الفرائض ، باب ما جاء في ميراث البنات .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧٢٠) ٢: ٩٠٨ كتاب الفرائض، باب فرائض الصلب.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٤٨٤٠) ٣: ٣٥٢ .
وأخرجه الحاكم في المستدرك (٧٩٥٤) ٤: ٣٧٠ كتاب الفرائض .

وقال الله تعالى في الأخوات: ﴿فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾ [النساء:١٧٦] وهذا تنبيه على أن للبنتين الثلثين ؛ لأنهما أقرب .

ولأن كل من يرث الواحد منهم النصف فللاثنين منهم الثلثان ؛ كالأخوات من الأبوين والأخوات من الأب ، وكل عدد يختلف فرض[1] واحدهم وجماعتهم فللاثنين منهم مثل فرض الجماعة ؛ كولد الأم والأخوات من الأبوين أو من الأب وأما الثلاث من البنات فما زاد فلا خلاف في أن فرضهن الثلثان وأنه ثابت بقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [النساء:١١] .

واختلف فيما ثبت به فرض الابنتين فقيل: ثبت بهذه الآية ، والتقدير: فإن كن نساء اثنتين وفوق صلة ؛ كقوله: ﴿فَاضْرِبُوا فَوْقَ الأَعْنَاقِ﴾ [الأنفال:١٢] أي: اضربوا الأعناق . وقد دل على هذا أن النبي عليه السلام حين نزلت هذه الآية أرسل إلى أخي سعد بن الربيع: «أعط ابنتي سعد الثلثين»[2] وهذا من النبي عليه السلام تفسير للآية وبيان لمعناها واللفظ إذا فسر كان الحكم ثابتاً بالمفسر لا بالتفسير . ويدل على ذلك أيضاً: أن سبب نزول الآية قصة ابنتي سعد بن الربيع وسؤال أمهما عن شأنهما في ميراث أبيهما ، وقيل: بل ثبت بهذه السنة الثابتة ، وقيل: بل ثبت بالتنبيه الذي ذكرناه ، وقيل: بل ثبت بالإجماع ، وقيل: بالقياس .

وفي الجملة فهذا حكم قد أجمع عليه وتواردت عليه الأدلة التي ذكرناها كلها فلا يضرنا أيها أثبته .

فصل

وأجمع أهل العلم على أن بنات الصلب متى استكملن الثلثين سقط بنات الابن ما لم يكن في درجتهن أو أنزل منهن ذكر يعصبهن ، وذلك لأن الله لم يفرض للأولاد إذا كانوا نساء إلا الثلثين ، قليلات كن أو كثيرات وهؤلاء لم يخرجن عن كونهن نساء من الأولاد وقد ذهب الثلثان لولد الصلب فلم يبق لهن

(١) زيادة من المغني ٧: ٨.

(٢) سبق تخريجه ص: ٢٥٩.

شيء، ولا يمكن أن يشاركن بنات الصلب؛ لأنهن دون درجتهن. فإن كان مع بنات الابن ابن في درجتهن؛ كأخيهن أو ابن عمهن، أو أنزل منهن؛ كابن أخيهن أو ابن ابن عمهن، أو ابن ابن ابن عمهن عصبهن في الباقي فجعل بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وهذا قول عامة العلماء والفقهاء؛ لقول الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء:١١]، وهؤلاء يدخلون في عموم اللفظ بدليل تناوله لهم لو لم يكن بنات، وعدم البنات لا يوجب لهم هذا الاسم.

ولأن كل ذكر وأنثى يقتسمون المال إذا لم يكن معهم ذو فرض يجب أن يقتسم الفاضل عنه؛ كأولاد الصلب والإخوة مع الأخوات.

مسألة: (**فإن كانت ابنة واحدة وبنات ابن فلابنة الصلب النصف، ولبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكملة الثلثين، إلا أن يكون معهن ذكر فيكون ما بقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين**).

هذه المسألة تشتمل على ثلاثة أحكام:

أحدها: أن للبنت الواحدة النصف ولا خلاف في هذا؛ لقول الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾ [النساء:١١].

ولأن النبي ﷺ قضى في بنت وبنت ابن وأخت: أن للبنت النصف ولبنت الابن السدس وما بقي فللأخت.

الثاني: أنه إذا كان مع البنت الواحدة بنت ابن أو بنات ابن فللبنت النصف ولبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكملة الثلثين، وهذا أيضاً مجمع عليه بين العلماء.

والأصل فيه: قول الله تعالى: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾ [النساء:١١] ففرض للبنات كلهن الثلثين وبنات الصلب وبنات الابن كلهن نساء من الأولاد فكان لهن الثلثان بفرض الكتاب لا يزدن عليه، واختصت بنت الصلب بالنصف؛ لأنه مفروض لها والاسم متناول لها حقيقة فبقي للبقية تمام الثلثين. ولهذا قال الفقهاء: لهن السدس تكملة الثلثين.

الثالث: إذا كان مع بنات الابن ذكر في درجتهن فإنه يعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين في قول جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم ؛ لقول الله: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء:١١] .

ولأنه يقاسمها لو لم يكن غيرها فقاسمها مع بنت الصلب ؛ كما لو كانت المقاسمة أضر بهن .

مسألة: (**والأخوات مع الأب بمنزلة الأخوات من الأب والأم إذا لم يكن أخوات لأب وأم ، فإن كن أخوات لأب وأم وأخوات لأب فللأخوات للأب والأم الثلثان وليس للأخوات للأب شيء ، إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن كانت أختاً واحدة لأب وأم وأخوات لأب فللأخت للأب والأم النصف وللأخوات من الأب واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكملة الثلثين ، إلا أن يكون معهن ذكر فيكون ما بقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين**) .

وهذه الجملة كلها مجمع عليها بين علماء الأمصار إلا ما كان من خلاف ابن[1] مسعود ومن تابعه لسائر الصحابة والفقهاء .

وأما فرض الثلثين للأختين فصاعداً والنصف للواحدة المفردة فثابت بقول الله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾ [النساء:١٧٦] والمراد بهذه الآية: ولد الأبوين وولد الأب بإجماع أهل العلم .

وعن جابر قال: «قلت: يا رسول الله كيف أصنع في مالي ولي أخوات ؟ قال: فنزلت آية الميراث: ﴿يستفتونك قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ﴾ [النساء:١٧٦]»[2] متفق عليه .

---

(١) في الأصل: عن. وما أثبتناه من المغني ٧: ١٤.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٣٤٤) ٦: ٢٤٧٣ كتاب الفرائض .

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦١٦) ٣: ١٢٣٤ كتاب الفرائض ، باب ميراث الكلالة.

وروي «أن جابراً اشتكى وعنده سبع أخوات فقال النبي ﷺ: قد أنزل الله في أخواتك»[1]، فبيّن لهن الثلثين.

وما زاد على الأختين في حكمهما؛ لأنه إذا كان للأختين الثلثان فالثلاث أختان فصاعداً. وأما سقوط الأخوات من الأب باستكمال ولد الأبوين الثلثين؛ فلأن الله إنما فرض للأخوات الثلثين فإذا أخذه ولد الأبوين لم يبق مما فرضه الله للأخوات شيء يستحقه ولد الأب، فإن كانت واحدة من أبوين فلها النصف بنص الكتاب وبقي من الثلثين المفروضة للأخوات سدس يكمل به الثلثان فيكون للأخوات للأب، ولذلك قال الفقهاء: لهن السدس تكملة الثلثين فإن كان ولد الأب ذكوراً أو إناثاً فالباقي بينهم؛ لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالاً وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء:١٧٦] ولا يفارق ولد الأب مع ولد الأبوين ولد الابن مع ولد الصلب إلا في أن بنت الابن يعصبها ابن أخيها ومن هو أنزل منها، والأخت من الأب لا يعصبها إلا أخوها، فلو استكمل الأخوات من الأبوين الثلثين وثم أخوات من أب وابن أخ لهن لم يكن للأخوات للأب شيء وكان الباقي لابن الأخ؛ لأن ابن الابن وإن نزل ابن، وابن الأخ ليس بأخ.

مسألة: (**وللأم الثلث إذا لم يكن إلا أخ واحد أو أخت واحدة ولم يكن ولد ولا ولد ابن، فإن كان ولد أو ولد ابن أو أخوان أو أختان فليس لها إلا السدس**).

أما الأم فلها ثلاثة أحوال: حال لها الثلث بشرطين:

أحدهما: عدم الولد وولد الابن من الذكور والإناث.

والثاني: عدم الاثنين فصاعداً من الإخوة والأخوات من أيّ الجهات كانوا، ذكوراً أو إناثاً أو ذكوراً وإناثاً فلها في هذه الحال الثلث بلا خلاف نعلمه بين أهل العلم.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٨٧) ٣: ١١٩ كتاب الفرائض، باب من كان ليس له ولد وله أخوات.

الحال الثاني: لها السدس إذا لم يجتمع الشرطان بل كان للميت ولد أو ولد ابن أو اثنان من الإخوة والأخوات في قول جمهور الفقهاء؛ لأن ابن عباس لما قال لعثمان: ليس الأخوان إخوة في لسان قومك فلم تحجب بهما الأم؟ فقال: لا أستطيع أن أرد شيئاً كان قبلي ومضى في البلدان وتوارث الناس به.

فهذا يدل على أنه إجماع قبل مخالفة ابن عباس.

ولأن كل حجب تعلق بعدد كان أوله اثنين؛ كحجب البنات بنات الابن والأخوات من الأبوين الأخوات من الأب، والإخوة تستعمل في الاثنين قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالاً وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء:١٧٦] وهذا الحكم ثابت في أخ وأخت، ومن أهل اللغة من يجعل الاثنين جمعاً حقيقة ومنهم من يستعمله مجازاً فيصرف إليه بالدليل. ولا فرق في حجبها بين الذكر والأنثى؛ لقوله تعالى: ﴿إِخْوَةً﴾ [النساء:١٧٦]، وهذا يقع على الجميع بدليل قوله: ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالاً وَنِسَاءً﴾ [النساء:١٧٦] ففسرهم بالرجال والنساء.

الحال الثالث: إذا كان زوج وأبوان [أو امرأة وأبوان][1] فللأم ثلث الباقي بعد فرض الزوجين، وهذه يأتي ذكرها إن شاء الله تعالى.

مسألة: (**وليس للأب مع الولد الذكر أو ولد الابن إلا السدس فإن كن بنات كان له ما فضل**).

يعني: كان له ما فضل بعد أن يفرض له السدس فيكون له ثلاثة أحوال:

حال يرث فيها بالفرض وهي مع الابن أو ابن الابن وإن سفل فليس له إلا السدس والباقي للابن ومن معه. لا نعلم في هذا خلافاً، وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَلأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ [النساء:١١].

الحال الثانية: يرث فيها بالتعصيب المجرد وهي مع غير الولد فيأخذ المال إن انفرد، وإن كان معه ذو فرض غير الولد؛ كزوج أو أم أو جدة فلذي الفرض فرضه وباقي المال له؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلأُمِّهِ

(١) زيادة من المغني ٧: ١٧.

الثُّلُثُ﴾ [النساء:١١] فأضاف الميراث إليهما ثم جعل للأم الثلث فكان الباقي للأب، ثم قال: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ [النساء:١١] فجعل للأم مع الإخوة السدس و لم يقطع إضافة الميراث إلى الأبوين ولا ذكر للإخوة ميراثاً فكان الباقي كله للأب .

الحال الثالثة: يجتمع له الأمران الفرض والتعصيب وهي مع إناث الولد أو ولد الابن فله السدس ؛ لقوله تعالى: ﴿لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ [النساء:١١] ولهذا كان للأب[1] السدس مع البنت بإجماع ، ثم يأخذ ما بقي بالتعصيب ؛ لما روى ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ : «أَلحِقُوا الفرائضَ بأهلها فما بقيَ فهو لأَوْلَى رجُل ذَكَر»[2] متفق عليه .

والأب أولى رجل بعد الابن وابنه ، وأجمع أهل العلم على هذا فليس فيه اختلاف .

والجد كالأب في أحواله الثلاث ، وله حالة رابعة مع الإخوة يذكر في بابه . ويسقط بالأب ؛ لأنه يدلي به فسقط به ؛ كالإخوة ، وكذلك كل جد يسقط بابنه لكونه يدلي به ، وينقص الجد عن رتبة الأب في زوج وأبوين وامرأة وأبوين فيفرض للأم فيهما ثلث جميع المال وباقيه للجد بخلاف الأب .

مسألة: (**وللزوج النصف إذا لم يكن ولد ولا ولد ابن فإن كان لها ولد أو ولد ابن فله الربع وللمرأة الربع ، واحدة كانت أو أربعاً إذا لم يكن ولد أو ولد ابن ، فإن كان له ولد أو ولد ابن فلهن الثمن**) .

أما الزوج والزوجة فذوا فرض لا يرثان بغيره ، وفرض الزوج النصف مع عدم ولد الميتة وولد ابنها والربع مع الولد أو ولد الابن ، وفرض الزوجة والزوجات

(١) في الأصل: للأم . وما أثبتناه من المغني ٧: ١٨.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٣٥٤) ٦: ٢٤٧٧ كتاب الفرائض ، باب ميراث ابن الابن إذا لم يكن ابن .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦١٥) ٣: ١٢٣٣ كتاب الفرائض ، باب ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر .

الربع مع عدم ولد الزوج وولد ابنه والثمن مع الولد أو ولد الابن الواحد[1] والأربع سواء بإجماع أهل العلم.

والأصل فيه: قول الله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُن لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَمْ يَكُن لَكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء:١٢] وإنما جعل للجماعة مثل ما للواحدة؛ لأنه لو جعل لكل واحدة الربع وهن أربع لأخذن المال جميعه وزاد فرضهن على فرض الزوج، ومثل هذا في الجدات للجماعة مثل ما للواحدة؛ لأن الجدات لو أخذت[2] كل واحدة منهن السدس لأخذن النصف وزدن على ميراث الجد. وأما سائر أصحاب الفروض؛ كالبنات وبنات الابن والأخوات المفترقات كلهن فإن لكل جماعة منهن مثل ما للاثنتين على ما ذكر في موضعه، وزدن على فرض الواحدة؛ لأن الذكر الذي يرث في درجتهن لا فرض له إلا ولد الأم فإن ذكرهم وأنثاهم سواء؛ لأنهم يرثون بالرحم وقرابة الأم المجردة.

مسألة: **(وابن الأخ للأب والأم أولى من ابن الأخ للأب، وابن الأخ للأب أولى من ابن ابن الأخ للأب والأم، وابن الأخ وإن سفل إذا كان الأب أولى من العم، وابن العم للأب أولى من ابن ابن العم للأب، والأم وابن العم وإن سفل أولى من عم الأب).**

هذا في ميراث العصبة وهم[3] الذكور من ولد الميت وآبائه وأولادهم وليس ميراثهم مقدراً بل يأخذون المال كله إذا لم يكن معهم ذو فرض، فإن كان معهم ذو فرض لا يسقط بهم أخذوا الفاضل عن ميراثه كله، وأولاهم بالميراث أقربهم، ويسقط به من بعد؛ لقوله عليه السلام: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر»[4] وأقربهم البنون وإن سفلوا يسقط قريبهم بعيدهم، ثم الأب

(١) في الأصل: الواحدة. وما أثبتناه من المغني ٧: ١٩.

(٢) في الأصل: أخذن. وما أثبتناه من المغني ٧: ١٩.

(٣) في الأصل: وهو. وما أثبتناه من المغني ٧: ١٩.

(٤) سبق تخريجه ص: ٢٦٥.

ثم آباؤه وإن علوا الأقرب منهم فالأقرب ، ثم بنو الأب وهم الإخوة للأبوين أو للأب ، ثم بنوهم وإن سفلوا الأقرب منهم فالأقرب ، ويسقط البعيد بالقريب ، سواء كان القريب من ولد الأبوين أو من ولد الأب وحده . فإن اجتمعوا في درجة واحدة فولد الأبوين أولى ؛ لقوة قرابته بالأم فلهذا قال: ابن الأخ للأب والأم أولى من ابن الأخ للأب ؛ لأنهما في درجة واحدة ، وابن الأخ للأب أولى من ابن ابن الأخ للأب والأم ؛ لأن ابن الأخ للأب أعلى درجة من ابن ابن الأخ . وعلى هذا أبداً ومهما بقي من بني الأخ أحد وإن سفل فهو أولى من العم ؛ لأنه من ولد الأب ، والعم من ولد الجد . فإذا انقرض الإخوة وبنوهم فالميراث للأعمام ثم بنيهم على هذا النسق إن استوت درجتهم قدم من هو للأبوين وإن اختلفت قدم الأعلى وإن كان لأب ومهما بقي منهم أحد وإن سفل فهو أولى من عم الأب ؛ لأن الأعمام من ولد الجد وأعمام الأب من ولد أب الجد فإذا انقرضوا فالميراث لأعمام الأب على هذا النسق ثم لأعمام الجد ثم بنيهم . وعلى هذا أبداً لا يرث بنو أب أعلى مع بني أب أقرب منه وإن نزلت درجتهم ؛ لما مر من الحديث ، وهذا كله مجمع عليه .

مسألة: **(وإذا كان زوج وأبوان أعطي الزوج النصف والأم ثلث ما بقي وما بقي فللأب ، وإذا كانت زوجة وأبوان أعطيت الزوجة الربع والأم ثلث ما بقي وما بقي فللأب)** .

هاتان المسألتان تسميان العمريتين ؛ لأن عمر قضى فيهما بهذا القضاء فاتبعه على ذلك عثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود ، وروي ذلك عن علي ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي .

وقال ابن عباس: للأم ثلث المال في المسألتين ؛ لأن ا لله تعالى فرض لها الثلث عند عدم الولد والإخوة وليس هاهنا ولد ولا إخوة ، ويروى ذلك عن علي .

وقال ابن سيرين كقول الجماعة: في زوج وأبوين ، وكقول ابن عباس: في زوجة وأبوين ؛ لأنا لو فرضنا للأم ثلث المال في زوج وأبوين لفضلناها على الأب ولا يجوز ذلك . وفي مسألة الزوجة لا يؤدي إلى ذلك ، واحتج ابن عباس بعموم

قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾ [النساء:١١]، وبقوله عليه السلام: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر»[١] والأب هاهنا عصبة فيكون له ما فضل عن ذوي الفروض؛ كما لو كان مكانه جد. والحجة معه لولا انعقاد الإجماع من الصحابة على مخالفته.

ولأن الفريضة إذا جمعت أبوين وذا فرض كان للأم ثلث الباقي؛ كما لو كان معهم بنت ويخالف الأب الجد؛ لأن الأب في درجتها والجد أعلى منها، وما ذهب إليه ابن سيرين تفريق في موضع أجمع الصحابة على التسوية فيه، ثم إنه مع الزوج يأخذ مثلي ما أخذت الأم فكذلك مع المرأة قياساً عليه.

مسألة: (وإذا كان زوج وأم وإخوة لأم وإخوة لأب فللزوج النصف وللأم السدس وللإخوة من الأم الثلث وسقط الإخوة من الأب والأم).

هذه المسألة تسمى المشرّكة وكذلك كل مسألة اجتمع فيها زوج وأم وجدة واثنان فصاعداً من ولد الأم وعصبة من ولد الأبوين.

وإنما سميت المشرّكة؛ لأن بعض أهل العلم شرّك فيها بين ولد الأبوين وولد الأم في فرض ولد الأم فقسمه بينهم بالسوية.

وتسمى الحمارية؛ لأنه يروى «أن عمر أسقط ولد الأبوين فقال بعضهم: يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان حماراً أليست أمنا واحدة؟ فشرّك بينهم»[٢] ويقال: إن بعض الصحابة قال ذلك، فسميت الحمارية لذلك. واختلف العلماء فيها قديماً وحديثاً فذهب أحمد فيها إلى أن للزوج النصف وللأم السدس وللإخوة من الأم الثلث وسقط الإخوة من الأبوين؛ لأنهم عصبة وقد تم المال بالفروض. ويروى هذا القول عن علي وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عباس وأبي موسى، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢٦٥.

(٢) لم أقف عليه هكذا. وقد أخرج البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٥٦ كتاب الفرائض، باب المشركة. عن زيد بن ثابت في المشركة قال: «هبوا أباهم كان حماراً ما زادهم الأب إلا قرباً. وأشرك بينهم في الثلث».

ويروى عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت أنهم شرّكوا بين ولد الأبوين وولد الأم في الثلث فقسموه بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وبه قال مالك والشافعي وأحمد في رواية؛ لأنهم ساووا ولد الأم في القرابة التي يرثون بها فوجب أن يساووهم في الميراث فإنهم جميعاً من ولد الأم وقرابتهم من جهة الأب إن لم تزدهم قرباً واستحقاقاً فلا ينبغي أن تسقطهم. ولهذا قال بعض الصحابة أو بعض ولد الأبوين لعمر وقد أسقطهم: هب أن أباهم كان حماراً فما زادهم ذلك إلا قرباً فشرّك بينهم.

ووجه ما نقله الخرقي وهو المفتى به عندنا: قول الله عز وجل: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ [النساء:١٢] ولا خلاف في أن المراد بهذه الآية ولد الأم على الخصوص فمن شرك بينهم لم يعط كل واحد منهما السدس وهو مخالفة لظاهر القرآن ويلزم منه مخالفة ظاهر الآية الأخرى وهي قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالاً وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء:١٧٦] يراد بهذه الآية سائر الإخوة والأخوات وهم يسوون بين ذكرهم وأنثاهم.

وقال عليه السلام: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر»[1].

ومن شرّك لم يلحق الفرائض بأهلها. ومن جهة المعنى: أن ولد الأبوين عصبة لا فرض لهم وقد تم المال بالفروض. فوجب أن يسقطوا؛ كما لو كان مكان ولد الأم ابنتان وقد انعقد الإجماع على أنه لو كان في هذه المسألة واحد من ولد الأم ومائة من ولد الأبوين لكان للواحد السدس وللمائة السدس الباقي لكل واحد عشر عشره، فإذا جاز أن يفضلهم الواحد هذا الفضل كله لم لا يجوز للاثنين إسقاطهم؟

وقولهم: تساووا في قرابة الأم. قلنا: فلم لم يساووهم في الميراث في هذه المسألة؟ وعلى أنا نقول: إن ساووهم في قرابة الأم فقد فارقوهم في كونهم عصبة

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢٦٥.

من غير ذوي الفروض وهذا الذي افترقوا فيه هو المقتضي لتقديم ولد الأم وتأخير ولد الأبوين فإن الشرع قد ورد في تقديم ذي الفرض وتأخير العصبة ولذلك يقدم ولد الأم على ولد الأبوين في القدر في المسألة المذكورة وشبهها فكذلك يقدم وإن سقط ولد الأبوين كغيره، ويلزمهم أن يقولوا في زوج وأخت من أبوين وأخت من أب معها أخوها: أن الأخ يسقط وحده فترث أخته السبع؛ لأن قرابتها مع وجوده كقرابتها مع عدمه وهو لم يحجبها فهلا عدّوه حماراً وورثوها مع وجوده كميراثها مع عدمه.

ولو كان مكان ولد الأبوين عصبة من ولد الأب سقطوا بالإجماع من علماء الإسلام وأنهم لم يساووا ولد الأم في قرابة الأم.

مسألة: (وإذا كان زوج وأم وإخوة وأخوات لأم وأخت لأب وأم وأخوات لأب فللزوج النصف وللأم السدس وللإخوة والأخوات من الأم الثلث بينهم بالسوية وللأخت من الأب والأم النصف وللأخوات من الأب السدس).

أما التسوية بين ولد الأم فلا نعلم فيه خلافاً إلا رواية شذت عن ابن عباس أنه فضل الذكر على الأنثى؛ لقوله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ [النساء:١٢]، وقال في آية أخرى: ﴿وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالاً وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء:١٧٦].

وقول الجمهور أولى؛ لقول الله تعالى: ﴿وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ﴾ [النساء:١٢] فسوى بين الذكر والأنثى، وقوله: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ [النساء:١٢] من غير تفضيل لبعضهم على بعض يقتضي التسوية بينهم؛ كما لو وصى أو أقر لهم بشيء.

وأما الآية الأخرى فالمراد بها ولد الأبوين وولد الأب بدليل أنه جعل للواحدة النصف وللاثنتين الثلثين وجعل الأخ يرث الأخت الكل ثم هذا مجمع عليه فلا عبرة بقول شاذ. وتوريث ولد الأم هاهنا الثلث والأم السدس والزوج النصف تسمية لا خلاف فيه أيضاً.

وقد اجتمع في هـذه المسألة فروض يضيق المال عنها فإن النصف للزوج والنصف للأخت من الأبوين يكمل المال بهما ويزيد سدس الأم وثلث ولد الأم وسدس الأخت من الأب فتعول المسألة بثلثيها وأصلها من ستة أسهم فتعول إلى عشرة ، وتسمى أم الفروخ ؛ لكثرة عولها شبهوا أصلها بالأم وعولها بفروخها . وليس في الفرائض مسألة تعول بثلثيها سوى هذه وشبهها . ولا بد في أم الفروخ من زوج واثنين فصاعداً من ولد الأم وأم أو جدة واثنين[1] من ولد الأبوين أو الأب أو إحداهما من ولد الأبوين والأخرى من ولد الأب فمتى اجتمع فيها هذا عالت إلى عشرة .

فصل

ومعنى العول: أن تزدحم فروض لا يتسع المال لها كهذه المسألة فيدخل النقص عليهم كلهم ويقسم المال بينهم على قدر فروضهم كما يقسم مال المفلس بين غرمائه بالحصص لضيق ماله عن وفائهم ومال الميت بين أرباب الديون إذا لم يف بها والثلث بين أرباب الوصايا إذا عجز عنها ، وهذا قول عامة الصحابة ومن تبعهم من العلماء ، منهم مالك في أهل المدينة وأهل العراق ، والشافعي وأصحابه وسائر أهل العلم إلا ابن عباس وطائفة شذت يقل عددها .

مسألة: **(وإذا كان ابني عم أحدهما أخ لأم فللأخ للأم السدس وما بقي بينهما نصفين)** .

هذا قول جمهور الفقهاء يروى ذلك عن علي وزيد وابن عباس ، وروي عن عمر ما يدل عليه ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ومن تبعهم ؛ لأن الإخوة من الأم يفرض له بها إذا لم يرث بالتعصيب وهو إذا كان معه أخ من أبوين أو من أب أو عم وما يفرض له به لا يرجح به كما لو كان أحدهما زوجاً ، والله أعلم .

(١) في الأصل: واثنتين . وما أثبتناه من المغني ٧: ٢٥.

باب أصول سهام الفرائض التي تعول

معنى أصول المسائل: المخارج التي تخرج منها فروضها. وأصول المسائل كلها سبعة؛ لأن الفروض المحدودة في كتاب الله عز وجل ستة: النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس، ومخارج هذه الفروض مفردة خمسة؛ لأن الثلث والثلثين مخرجهما واحد، فالنصف من اثنين والثلث والثلثان من ثلاثة، والربع من أربعة، والسدس من ستة، والثمن من ثمانية، والربع مع السدس أو الثلث أو الثلثين من اثني عشر، والثمن مع السدس أو الثلثين من أربعة وعشرين فصارت سبعة. وهذه الفروض نوعان:

أحدهما: النصف ونصفه ونصف نصفه.

والثاني: الثلثان ونصفهما ونصف نصفهما. فكل مسألة فيها فرض مفرد فأصلها من مخرجه وإن كان فيها فرضان من نوعين يؤخذ أحدهما من مخرج الآخر فأصلها من مخرج أقلهما، وإن كان فيها فرضان من نوعين لا يؤخذ أحدهما من مخرج الآخر فاضرب أحد المخرجين في الآخر أو وفقه فما بلغ فهو أصل المسألة، وفيها يكون العول؛ لأن العول إنما يكون في مسألة تزدحم فيها الفروض ولا يتسع المال لها. فكل مسألة فيها نصف وفرض من النوع الآخر فأصلها من ستة؛ لأن مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة فتضرب اثنين في ثلاثة تكن ستة وهكذا سائرها.

والمسائل على ثلاثة أضرب: عادلة وعائلة ورد. فالعادلة: التي يستوي مالها وفروضها، والعائلة: التي تزيد فروضها عن مالها، والرد: التي يفضل مالها عن فروضها ولا عصبة فيها. وسنذكر أمثلة هذه الأضرب في هذا الباب إن شاء الله تعالى.

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: **(وما فيه نصف وسدس، أو نصف وثلث، أو نصف وثلثان فأصله من ستة وتعول إلى سبعة وإلى ثمانية وإلى تسعة وإلى عشرة، ولا تعول أكثر من ذلك)**.

أما إذا كان نصف وسدس فإن مخرج النصف اثنان ويوجد ذلك في مخرج السدس وهو الستة فكان أصلهما جميعاً ستة، وهكذا لو كان سدس وثلث أو ثلثان فأصلهما من مخرج السدس لا يزيد عليه وإن اجتمع النصف والثلثان أو الثلث فإن مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة ولا وفق بينهما فاضرب أحد المخرجين في الآخر تكن ستة ويصير كل كسر بعدد مخرج الآخر، ويدخل العول هذا الأصل؛ لازدحام الفروض فيه وهو أكثرها عولاً، والعول زيادة في السهام ونقصان في أنصباء الورثة. وأمثلة ذلك: زوج وأم [وأخ من أم أصلها من ستة، ومنها تصح. زوج وأم][1] وأخوان[2] من أم. بنت وأم وعم أو عصبة ثلاث أخوات مفترقات وأخ من أم أو أم أو جدة. أبوان وابنتان بنت وأبوان. بنت وبنت ابن وأبوان أو جد وجدة، العول زوج وأختان من أبوين أو من أب أو إحداهما من أبوين والأخرى من أب أو أم أو أخت من أب وأخت من أم، أصلها من ستة وتعول إلى سبعة، زوج وأخت وجدة أو أخ لأم، ست أخوات مفترقات وأم أخت لأب وأم وأخت لأب وأم وأخوان لأم. عول ثمانية: زوج وأخت وأم، للزوج النصف وللأخت النصف وللأم الثلث تعول إلى ثمانية وهي مسألة المباهلة. فإن كان معهم أخت أخرى من أيّ جهة كانت أو أخ من أم فهي من ثمانية أيضاً، عول تسعة: زوج وست أخوات مفترقات تعول إلى تسعة وتسمى الغراء، عول عشرة: زوج وأم وست أخوات مفترقات العول إلى عشرة وتسمى أم الفروخ لكثرة عولها؛ لأنها عالت بثلثيها فشبهوا الأصل بالأم والعول بالفروخ. ويروى أن رجلاً جاء إلى شريح فقال: إن امرأتي ماتت و لم تترك ولداً فكم لي من ميراثها؟ قال: لك النصف فمن خلّفت؟ قال: أمها وأختيها من أبيها

(١) زيادة من المغني ٧: ٣٢.
(٢) في الأصل: وأخوات. وما أثبتناه من المغني ٧: ٣٢.

وأختيها من أمها وأنا . قال: لك ثلاثة أسهم من عشرة فخرج الرجل فقال: ألا تعجبون من قاضيكم؟ قال: لي النصف فوا الله ما أعطاني نصفاً ولا ثلثاً ، فقال له شريح: إنك تراني قاضياً ظالماً وأنا أراك [رجلاً فاجراً][1] تكتم القصة وتذيع الفاحشة .

ومتى عالت المسألة إلى تسعة أو عشرة لم يكن الميت إلا امرأة ؛ لأنها لا بد فيها من زوج ولا يمكن أن تعول المسألة إلى أكثر من هذا ولا يمكن أن تجتمع فروض أكثر من هذا .

وطريق العمل في العول: أن تأخذ الفروض من أصل المسألة وتضم بعضها إلى بعض فما بلغت السهام فإليه تنتهي المسألة . فتقول في زوج وأم وست أخوات مفترقات: للزوج النصف ثلاثة وللأم السدس سهم وللأختين الثلثان أربعة وللأختين من الأم الثلث سهمان صارت عشرة .

مسألة: **(وما فيه ربع وسدس أو ربع وثلث أو ربع وثلثان فأصله من اثنا عشر وتعول إلى ثلاثة عشر وإلى خمسة عشر وإلى سبعة عشر ، ولا تعول إلى أكثر من ذلك)** .

إنما كان أصلها من اثني عشر ؛ لأن مخرج الربع أربعة ومخرج الثلث ثلاثة ولا وفق بينهما . فإذا ضربت أحدهما في الآخر كان اثني عشر فإن كان مع الربع سدس فبين الستة والأربعة موافقة في الأنصاف فإذا ضربت وفق أحدهما في الآخر صار اثني عشر . ولا بد في هذا الأصل من أحد الزوجين ؛ لأنه لا بد فيها من ربع ولا يكون فرضاً لغيرهما .

وأمثلة ذلك: زوج وأبوان وخمسة بنين للزوج الربع ثلاثة وللأبوين السدسان أربعة يبقى خمسة لكل ابن سهم .

زوج وابنتان وأخت أو عصبة امرأة وأختان لأبوين أو لأب أو أختان لأم وعصبة امرأة وأخوان لأم وسبعة إخوة لأب ، العول زوج وابنتان وأم تعول إلى

---

(١) زيادة من المغني ٧: ٣٣.

ثلاثة عشر امرأة وثلاث أخوات مفترقات. زوج وأبوان وابنتان تعول إلى خمسة عشر. امرأة وأختان من أب وأختان من أم. امرأة وأم وست أخوات مفترقات تعول إلى سبعة عشر ثلاث نسوة وجد ثان وأربع أخوات لأم وثمان لأب تعول إلى سبعة عشر ويصح لكل واحدة منهن سهم، وتسمى أم الأرامل ويعايا بها فيقال: سبع عشرة امرأة من جهات مختلفة اقتسمن مال ميت بالسوية لكل امرأة سهم وهي هذه ولا يعول هذا الأصل إلى أكثر من هذا ولا يمكن أن يعول إلا على الأفراد؛ لأن فيها فرضاً يباين سائر فروضها وهو الربع فإنه ثلاثة وهي فرد وسائر فروضها يكون زوجاً، فالسدس اثنان والثلث أربعة والثلثان ثمانية والنصف ستة. ومتى عالت إلى سبعة عشر لم يكن الميت فيها إلا رجلاً.

مسألة: (**وما فيه ثمن وسدس أو ثمن وسدسان أو ثمن وثلثان فأصله من أربعة وعشرين وتعول إلى سبعة وعشرين، ولا تعول إلى أكثر من ذلك**).

إنما كان كذلك؛ لأنك تضرب مخرج الثمن في مخرج الثلثين أو في وفق مخرج السدس فيكون أربعة وعشرين، ولم يقل ثمن وثلث؛ لأن الثلث لا يجتمع مع الثمن فإنه لا يكون إلا للزوجة مع الولد. ولا يكون الثلث في مسألة فيها ولد؛ لأنه لا يكون إلا لولد الأم والولد يسقطهم أو للأم بشرط عدم الولد.

مسائل ذلك: امرأة وأبوان وابن أو بنون أو بنون وبنات، العول: امرأة وأبوان وابنتان تعول إلى سبعة وعشرين.

وتسمى البخيلة؛ لأنها أقل الأصول عولاً لم تعل إلا بثمنها.

وتسمى المنبرية؛ لأن علياً رضي الله عنه سئل عنها وهو على المنبر فقال: «صار ثمنها تسعاً ومضى في خطبته»[1]. يعني: أن المرأة كان لها الثمن ثلاثة من أربعة وعشرين صار لها بالعول ثلاثة من سبعة وعشرين وهي التسع. ولا يكون الميت في هذا الأصل إلا رجلاً؛ لأن فيها ثمناً، فلا يكون إلا للمرأة مع الولد ولا يمكن أن يعول هذا الأصل إلى أكثر من هذا.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٥٣ كتاب الفرائض، باب العول في الفرائض.

مسألة: **(ويرد على أصحاب الفرائض على قدر ميراثهم إلا الزوج والزوجة)** .

أما الميت إذا لم يخلف وارثاً إلا ذوي فروض لا يستوعب المال ؛ كالبنات والأخوات والجدات فإن الفاضل من ذوي الفروض يرد عليهم على قدر فروضهم إلا الزوج والزوجة . روي ذلك عن عمر وابن مسعود وعلي وابن عباس . وبه قال أبو حنيفة وأصحابه .

وقال ابن سراقة: وعليه العمل اليوم في الأمصار . وروى ابن منصور عن أحمد: أنه لا يرد على ولد الأم مع الأم ولا على الجدة مع ذي سهم . والذي ذكره الخرقي أظهر في المذهب وأصح وهو قول عامة أهل الرد ؛ لأنهم تساووا في السهام فيجب أن يتساووا فيما تفرع عليها .

ولأن الفريضة لو عالت لدخل النقص على الجميع فالرد ينبغي أن ينالهم أيضاً . فأما الزوجان فلا يرد عليهما باتفاق من أهل العلم ، إلا أنه روي عن عثمان: أنه رد على زوج ، ولعله كان عصبة أو ذا رحم فأعطاه لذلك أو أعطاه من مال بيت المال لا على سبيل الميراث . وسبب ذلك: أن أهل الرد كلهم من ذوي الأرحام فيدخلون في عموم قوله تعالى: ﴿وأولوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [الأنفال:٧٥] والزوجان خارجان من ذلك .

مسألة: **(وإذا كانت أخت لأب وأم وأخت لأب وأخت لأم فللأخت للأب والأم النصف وللأخت للأب السدس وللأخت للأم السدس وما بقي رد عليهن على قدر سهامهن فصار المال بينهن على خمسة أسهم ، للأخت للأب والأم ثلاثة أخماس المال ، وللأخت للأب الخمس ، وللأخت للأم الخمس)** .

طريق العمل في الرد: أن تأخذ سهام أهل الرد من أصل مسألتهم وهي أبداً تخرج من ستة إذ ليس في الفروض كلها مالاً يوجد في الستة إلا الربع والثمن وليس لغير الزوجين وليسا من أهل الرد ثم تجعل عدد سهامهم أصل مسألتهم كما صارت السهام في المسألة العائلة هي المسألة التي تضرب فيها العدد الذي انكسرت

عليه سهامه فكذا هاهنا إذا انكسر على فريق منهم ضربته في عدد سهامهم ؛ لأن ذلك صار أصل مسألتهم . وينحصر ذلك في أربعة أصول:

أولها: أصل اثنين ؛ كجدة وأخ من أم لكل واحد منهما السدس أصلها اثنان ثم ينقسم المال عليهما فيصير لكل واحد منهما نصف المال فإن كان الجدات ثلاثاً فلهن سهم لا ينقسم عليهن اضرب عددهن في أصل المسألة وهو اثنان تصير ستة للأخ من الأم النصف ثلاثة ولكل واحدة من الجدات سهم .

أصل ثلاثة: أم وأخ من أم وأم[1] وأخوان من أم فإن كانوا ثلاثة ضربت عددهم في أصل مسألتهم وهو ثلاثة صارت تسعة ومنها تصح . ثلاث جدات وأربعة إخوة من أم ، للإخوة سهمان يوافقهم بالنصف يرجع عددهم إلى اثنين تضربهما في عدد الجدات ثم في أصل المسألة صارت ثمانية عشر ومنها تصح .

أصل أربعة: أخت لأبوين وأخت لأب أو أم أو أخ لأم أو جدة .

أصل خمسة: ثلاث أخوات مفترقات . وهذه مسألة الخرقي: أم وأخت لأبوين أو لأب .

ومتى كان الرد على حيز واحد فله جميع المال بالفرض والرد كأنه عصبة فإن كان شخصاً واحداً فالمال له ، وإن كان جماعة قسمته عليهم على عددهم ؛ كالبنين والإخوة . والله أعلم .

---

(١) في الأصل: أم. وما أثبتناه من المغني ٧: ٤٨.

باب الجدات

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: **(وللجدة إذا لم تكن أم السدس)** .

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن للجدة السدس إذا لم يكن للميت أم ، وحكى غيره عن ابن عباس رواية شاذة: أنها بمنزلة الأم ؛ لأنها تدلي بها فقامت مقامها ؛ كالجد يقوم مقام الأب .

والصحيح ما عليه الجمهور ؛ لما روى قبيصة بن ذؤيب قال: «جاءت الجدة إلى أبي بكر فسألته ميراثها فقال: ما لك في كتاب الله شيء . وما علمت لك في سنة رسول الله ﷺ شيئاً ولكن ارجعي حتى أسأل الناس ، فقال المغيرة بن شعبة: حضرت رسول الله ﷺ أعطاها السدس ، فقال: هل معك غيرك ؟ فقام محمد بن مسلمة الأنصاري ، فقال مثل ما قال المغيرة ، فأنفذه لها أبو بكر ، قال: ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر بن الخطاب فسألته ميراثها فقال: ما لك في كتاب الله شيء . ولكن هو ذاك السدس ، فإن اجتمعتما فهو لكما وأيتكما خلت به فهو لها »[1] رواه الخمسة إلا النسائي ، وصححه الترمذي .

وأما الجد فلا يقوم مقام الأب في جميع أحواله على ما ذكرناه ، وأجمع أهل العلم على أن الأم تحجب الجدات من جميع الجهات .

وعن بريدة «أن النبي ﷺ جعل للجدة السدس إذا لم يكن دونها أم »[2] رواه أبو داود .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٩٤) ٣: ١٢١ كتاب الفرائض ، باب في الجدة .
وأخرجه الترمذي في جامعه (٢١٠١) ٤: ٤٢٠ كتاب الفرائض ، باب ما جاء في ميراث الجدة .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧٢٤) ٢: ٩٠٩ كتاب الفرائض، باب ميراث الجدة.
و لم أقف عليه عند أحمد في مسنده.
وأخرجه مالك في موطئه (٤) ٢: ٤٠٧ كتاب الفرائض ، باب ميراث الجدة .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٩٥) ٣: ١٢٢ كتاب الفرائض ، باب في الجدة .

وهذا يدل على أنها لا ترث معها شيئاً .

ولأن الجدة تدلي بالأم فسقطت بها ؛ كسقوط الجد بالأب وابن الابن بالابن وأما أم الأب فإنها أيضاً إنما ترث ميراث أم ؛ لأنها أم ، ولذلك ترث وابنها حي ، ولو كان ميراثها من جهته لما ورثت مع وجوده .

مسألة: (**وكذلك إن كثرن لم يزدن على السدس فرضاً**) .

أجمع أهل العلم على أن ميراث الجدة السدس وإن كثرن ، وذلك لما روينا من الخبر ، وأن عمر شرك بينهما .

وعن القاسم بن محمد قال: « جاءت الجدتان إلى أبي بكر الصديق ، فأراد أن يجعل السدس للتي من قبل الأم . فقال له رجل من الأنصار: أما إنك تترك التي لو ماتت وهو حي كان أباها يرث فجعل السدس بينهما »[1] رواه مالك في الموطأ .

ولأنهن ذوات عدد لا يشركهن ذكر . فاستوى كثيرهن وواحدتهن ؛ كالزوجات ، وقول الخرقي: لم يزدن على السدس فرضاً يريد به التحرز من زيادتهن بالرد ، فإنهن يأخذن في الرد زيادة على السدس على ما مضى ذكره .

مسألة: (**وإن كان بعضهن أقرب من بعض كان الميراث لأقربهن**) .

أما إذا كانت إحدى الجدتين أم الأخرى فأجمع أهل العلم على أن الميراث للقربى وتسقط البعدى بها ، وإن كانتا من جهتين والقربى من جهة الأم فالميراث لها وتحجب البعدى في قول عامتهم .

وأما القربى من جهة الأب فهل تحجب البعدى من جهة الأم ؟ فعن أحمد فيها روايتان:

إحداهما: أنها تحجبها ويكون الميراث للقربى ، وهذا قول علي عليه السلام وإحدى الروايتين عن زيد ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وهو قول الشافعي .

والرواية الثانية عن أحمد: هو بينهما ، وهي الرواية الثانية عن زيد . وبه قال مالك والشافعي في القول الثاني ؛ لأن الأب الذي تدلي به الجدة لا يحجب الجدة

(١) أخرجه مالك في موطئه (٥) ٢: ٤٠٧ كتاب الفرائض ، باب ميراث الجدة .

من قبل الأم فالتي تدلي به أولى أن لا يحجبها ، وبهذا فارقتها القربى من قبل الأم فإنها تدلي بالأم وهي تحجب جميع الجدات .

ووجه ما نقله الخرقي: أنها جدة قربى فتحجب البعدى كالتي من قبل الأم .

ولأن الجدات أمهات يرثن ميراثاً واحداً من جهة واحدة فإذا اجتمعن فالميراث لأقربهن كالآباء والأبناء والإخوة والبنات . وكل قبيل إذا اجتمعوا فالميراث لأقربهم .

وقولهم: أن الأب لا يسقطها . قلنا: لأنهن لا يرثن ميراثه إنما يرثن ميراث الأمهات ؛ لكونهن أمهات ولذلك أسقطتهن الأم .

مسألة: **(والجدة ترث وابنها حي)** .

أما الجدة من قبل الأب إذا كان ابنها حياً وارثاً فإن عمر وابن مسعود وأبا موسى وعمران بن الحصين وأبا الطفيل ورثوها مع ابنها ، وهو ظاهر مذهب أحمد .

وقال زيد بن ثابت: لا ترث ، وروي ذلك عن عثمان وعلي ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي ، ورواه عن أحمد جماعة من أصحابه .

ولا خلاف في توريثها مع ابنها إذا كان عماً أو عم أب ؛ لأنها لا تدلي بهما ، واحتج من أسقطها بأنها تدلي به فلا ترث معه كالجد مع الأب وأم الأم مع الأم .

ووجه الرواية الأولى: ما روى ابن مسعود قال: «أول جدة أطعمها رسول الله ﷺ السدس أم أب مع ابنها وابنها حي»[1] أخرجه الترمذي .

ورواه سعيد بن منصور ، ولفظه: «أول جدة أطعمت السدس أم أب مع ابنها»[2] .

ولأن الجدات أمهات يرثن ميراث الأم لا ميراث الأب فلا يحجبن به كأمهات الأم .

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (٢١٠٢) ٤: ٤٢١ كتاب الفرائض ، باب ما جاء في ميراث الجدة مع ابنها .
(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٩٩) ١: ٥٧ كتاب الفرائض ، باب الجدات .

مسألة: **(والجدات المتحاذيات أن تكون أم أم أم وأم أم أب وأم أبي أب وإن كثرن، فعلى هذا)**.

المتحاذيات: المتساويات في الدرجة، بحيث لا تكون واحدة أعلى من الأخرى ولا أنزل منها؛ لأن الجدات إنما يرثن كلهن إذا كن في درجة واحدة. ومتى كان بعضهن أقرب من بعض فالميراث لأقربهن، فإذا قيل: نزل جدتين وارثتين على أقرب المنازل فهما أم أمه وأم أبيه. وإن قيل: نزل ثلاثاً فهن كما قال الخرقي: أم أم وأم أم أب وأم أبي أب، واحدة من قبل الأم واثنتان من قبل الأب، وهما أم أمه وأم أبيه كما جاء الحديث، وفي درجتهن أخرى من قبل الأم غير وارثة وهي أم أبي الأم، ولا يرث أبداً من قبل الأم إلا واحدة وهي التي كل نسبها أمهات لا أب فيهن. فاحفظ ذلك، فإن قيل: تنزل أربعاً فهن أم أم أم وأم أم أب وأم أم أبي أب وأم أبي أبي أب. وفي درجتهن أربع غير وارثات، إلا أن مذهب أحمد لا يورث أكثر من ثلاث جدات وهن الثلاث الأول.

ويحتمل قول الخرقي توريثهن وإن كثرن. فعلى هذا القول كلما زادت درجة زادت جدة، ويرث في الدرجة الخامسة خمس، وفي السادسة ست، وفي السابعة سبع وعلى هذا أبداً.

وقول الخرقي: وإن كثرن فعلى هذا، يحتمل أنه ذهب إلى توريث الجدات على هذا الوجه وإن كثرن. ويحتمل أنه أراد وإن كثرن فلا يرث إلا هؤلاء الثلاث.

فعلى هذا القول، لا يرث أكثر من ثلاث: واحدة من قبل الأم واثنتان من قبل الأب وهما أم أمه وأم أبيه وأمهاتهما، ولا ترث جدة في نسبها أب بين أمَّين ولا ثلاثة آباء، وإن أردت تنزيل الجدات الوارثات وغيرهن فاعلم أن للميت في الدرجة الأولى: جدتين أم أمه وأم أبيه، وفي الثانية: أربع؛ لأن لكل واحد من أبويه جدتين فهما أربع بالنسبة إليه. وفي الثالثة: ثمان؛ لأن لكل واحد من أبويه أربعاً على هذا الوجه. فيكون لولدهما ثمان.

وعلى هذا كلما علون درجة تضاعف عددهن ولا يرث منهن إلا ثلاث .
والله أعلم .

باب من يرث من الرجال والنساء

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: **(ويرث من الرجال: الابن، ثم ابن الابن وإن سفل، والأب ثم الجد وإن علا، والأخ ثم ابن الأخ، والعم ثم ابن العم، والزوج، ومولى النعمة. ومن النساء: البنت وبنت الابن، والأم، والجدة، والأخت، والزوجة، ومولاة النعمة).**

فهؤلاء المجمع على توريثهم. وأكثرهم ثبت توريثهم بالكتاب والسنة. فالابن ثبت ميراثه بقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء:١١]، وابن الابن[1] والأبوان ثبت ميراثهما بقوله: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ﴾ [النساء:١١]، والجد يحتمل أن يتناوله قوله: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ﴾ [النساء:١١]، كما دخل ابن الابن في عموم ﴿أولادكم﴾ [النساء:١١]، والأخ والأخت من الأم ثبت ميراثهما بقوله: ﴿وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ﴾ [النساء:١٢]، وولد الأبوين والأب ثبت إرثه بقوله تعالى: ﴿وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ﴾ [النساء:١٧٦]، وأما ابن الأخ للأبوين أو للأب والعم وابنه وعم الأب وابنه فثبت ميراثهم بقول النبي ﷺ: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر»[2] متفق عليه.

ولم يدخل فيهم ولد الأم ولا العم للأم ولا ابنه ولا الخال ولا أبو الأم؛ لأنهم ليسوا من العصبات.

وأما المولى المعتق والمولاة فثبت إرثهما بقوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق»[3]، والجدة أطعمها النبي ﷺ السدس، والزوج ثبت إرثه بقوله تعالى:

(١) في الأصل: وابن الابن ابن. وما أثبتناه من المغني ٧: ٦٢.

(٢) سبق تخريجه ص: ٢٦٥.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٧٩) ٢: ٩٧٢ كتاب الشروط، باب الشروط في الولاء.

﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ [النساء:١٢] ، والزوجة ثبت إرثها بقوله: ﴿وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ﴾ [النساء:١٢] .

فصل

وجميعهم ضربان: ذو فرض وعصبة . فالذكور كلهم عصبات إلا الزوج والأخ من الأم وإلا الأب والجد مع الابن ، والإناث كلهن إذا انفردن عن إخوتهن ذوات فرض إلا المولاة المعتقة وإلا الأخوات مع البنات . وعدد العصبات: الابن وابنه وإن نزل ، والأب وأبوه وإن علا ، والأخ من الأبوين والأخ من الأب وابناهما وإن نزلا ، والعمان وابناهما وإن نزلا ، وعما الأب وابناهما كذلك أبداً ، ومولى النعمة . وعدد أهل الفروض: البنات وبنات الابن والأم والجدة من الجهتين وإن علت ، والأخوات من الجهات الثلاث والأخ من الأم والزوج والزوجة . ومن لا يسقط بحال خمسة: الزوجان والأبوان وولد الصلب ؛ لأنهم يمتون بأنفهسم من غير واسطة بينهم وبين الميت يحجبهم ومن سواهم من الوارث إنما يمت بواسطة سواه فيسقط بمن هو أولى بالميت منه . والله أعلم .

⇦

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٠٤) ٢: ١١٤١ كتاب العتق ، باب إنما الولاء لمن أعتق.

باب ميراث الجد

عن عمران بن حصين «أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: إن ابن ابني مات فما لي من ميراثه؟ قال: لك السدس. فلما أدبَرَ دعاه قال: لك سُدسٌ آخر. فلما أدبر دعاه فقال: إن السدس الآخر طُعْمَة»[1] رواه أحمد والترمذي وصححه.

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ أن الجد أبا الأب لا يحجبه عن الميراث غير الأب وأنزلوا الجد في الحجب والميراث منزلة الأب في جميع المواضع إلا في ثلاثة أشياء:

أحدها: زوج وأبوان.

والثانية: زوجة وأبوان للأم ثلث الباقي فيهما مع الأب وثلث جميع المال لو كان مكان الأب جد.

الثالثة: اختلفوا في الجد مع الإخوة والأخوات للأبوين أو للأب. ولا خلاف بينهم في إسقاطه بني الإخوة، ولد الأم ذكرهم وأنثاهم.

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (**ومذهب أبي عبد الله رضي الله عنه في الجد قول زيد بن ثابت رضي الله عنه قال: وإذا كان إخوة وأخوات وجد قاسمهم الجد بمنزلة أخ حتى يكون الثلث خيراً له، فإن كان الثلث خيراً له أعطي ثلث جميع المال**).

مذهب زيد في الجد مع الإخوة والأخوات للأبوين أو للأب: أنه يعطيه الأحظ من شيئين، إما المقاسمة؛ كأنه أخ، وإما ثلث المال جميعه.

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٩٦) ٣: ١٢٢ كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث الجد.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٢٠٩٩) ٤: ٤١٩ كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث الجد.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٩٣٤٧) طبعة إحياء التراث.

فعلى هذا إذا كان الإخوة اثنين أو أربع أخوات أو أخ وأختان فالثلث والمقاسمة سواء فأعطه ما شئت منهما . وإن نقصوا عن ذلك فالمقاسمة أحظ له فقاسم به لا غير وإن زادوا فالثلث خير فأعطه إياه ، وسواء كانوا من أب أو من أبوين ، فإن اجتمع ولد الأبوين وولد الأب فإن ولد الأبوين يعادون الجد بولد الأب ويحتسبون بهم عليه ثم ما حصل لهم أخذه منهم ولد الأبوين ، إلا أن يكون ولد الأبوين أختاً واحدة فتأخذ منهم تمام نصف المال ثم ما فضل فهو لهم . ولا يمكن أن يفضل عنهم أكثر من السدس ؛ لأن أدنى ما للجد الثلث وللأخت النصف والباقي بعدهما هو السدس .

مسألة: **(وإن كان مع الجد والإخوة والأخوات[1] أصحاب فرائض أعطي أصحاب الفرائض فرائضهم ، ثم نظر فيما بقي . فإن كانت المقاسمة خيراً للجد من ثلث ما بقي ومن سدس جميع المال أعطي المقاسمة ، وإن كان ثلث ما بقي خيراً له من المقاسمة ومن سدس جميع المال أعطي ثلث ما بقي ، وإن كان سدس جميع المال أحظ له من المقاسمة ومن ثلث ما بقي أعطي سدس جميع المال)** .

أما كونه لا ينقص عن سدس جميع المال ؛ فلأنه لا ينقص عن ذلك مع الولد الذي هو أقوى فمع غيرهم أولى .

وأما إعطاؤه ثلث الباقي إذا كان أحظ ؛ فلأن له الثلث مع عدم الفروض فما أخذ بالفرض فكأنه ذهب من المال فصار ثلث الباقي بمنزلة جميع المال .

وأما المقاسمة فهي له مع عدم الفروض فكذلك مع وجودها .

فعلى هذا متى زاد الإخوة عن اثنين أو من يعدلهم من الإناث فلا حظ له في المقاسمة . ومتى نقصوا عن ذلك فلا حظ له في ثلث الباقي . ومتى زادت الفروض على النصف فلا حظ له في ثلث الباقي ، وإن نقصت عن النصف فلا حظ له في السدس . وإن كان الفرض النصف فحسب استوى السدس وثلث الباقي . وإن كان الإخوة اثنين استوى ثلث الباقي والمقاسمة .

(١) زيادة من المغني ٧: ٦٩.

مسألة: (**ولا ينقص الجد أبداً من سدس جميع المال أو تسميته إذا زادت السهام**) .

هذا قول عامة أهل العلم ؛ لأن الجد لا ينقص من السدس مع البنين وهم أقوى ميراثاً من الإخوة فإنهم يسقطونهم . فلأن لا ينقص عنه مع الإخوة أولى .

ولأن النبي عليه السلام أطعم الجد السدس فلا ينبغي أن ينقص منه .

وأما قوله: أو تسميته إذا زادت السهام فإنه يعني: إذا عالت المسألة فإنه يسمي له سدس وهو ناقص عن السدس . ألا ترى أنا نقول في زوج وأم وابنتين وجد: له السدس ونعطيه سهمين من خمسة عشر سهماً وهو ثلثا الخمس . ومتى أفضت المسألة إلى العول سقط الإخوة والأخوات إلا في الأكدرية . ولا ينقص الجد عن السدس الكامل في مسألة يرث فيها أحد من الإخوة والأخوات .

مسألة: (**وإذا كان أخ لأب وأم وأخ لأب وجد قاسم الجد الأخ للأب والأم والأخ للأب على ثلاثة أسهم ، ثم رجع الأخ للأب والأم على ما في يد الأخ للأب فأخذه**) .

قد ذكرنا أن الجد يقاسم الإخوة كأخ ما لم تنقصه المقاسمة من الثلث وولد الأبوين يعادون الجد بولد الأب ثم يأخذون ما حصل لهم ، فإنه متى كان اثنان من الإخوة وجد استوى الثلث والمقاسمة . ففي هذه المسألة قد استوى الثلث والمقاسمة فلذلك اقتسما على ثلاثة لكل واحد سهم ثم أخذ الأخ للأبوين ما حصل لأخيه من أبيه ، وإن شئت فرضت للجد الثلث والباقي لولد الأبوين .

وإن زاد عدد الإخوة على اثنين أو من يعدلهما من الأخوات فافرض للجد الثلث والباقي لولد الأبوين وهذا مذهب زيد ؛ لأن الجد والد . فإذا حجبه أخوان وارثان جاز أن يحجبه أخ وارث وأخ غير وارث كالأم .

ولأن ولد الأب يحجبونه إذا انفرد فيحجبونه مع غيرهم كالأم . ويفارق ولد الأم ؛ لأن الجد يحجبهم فلا ينبغي أن يحجبوه[1] بخلاف ولد الأب فإن الجد لا

(١) في الأصل: يحجبونه. وما أثبتناه من المغني ٧: ٧١.

يحجبهم فجاز أن يحجبوه إذا حجبهم غيره كما يحجبون الأم وإن كانوا محجوبين بالأب . وأما الأخ من الأبوين فهو أقوى تعصيباً من الأخ من الأب فلا يرث معه شيئاً ، كما لو انفردا عن الجد فيأخذ[1] ميراثه ؛ كما لو اجتمع ابن وابن ابن حجبه وأخذ ميراثه .

مسألة: **(وإذا كان أخ وأخت لأب وأم أو لأب وجد كان المال بين الجد والأخ والأخت على خمسة أسهم ، للجد سهمان وللأخ سهمان وللأخت سهم)** .

المقاسمة هاهنا خير للجد من الثلث ؛ لأنه يحصل له بها خمسا المال ، وذلك خير له من الثلث وكذلك كلما نقص الإخوة عن اثنين أو من يعدلهم من الإناث ؛ كثلاث أخوات أو أختين أو أخ واحد أو أخت واحدة فليس فيها إلا المقاسمة به ؛ كأخ . وهذا قول زيد وعلي وعبد الله إذا كانوا عصبة . فأما إن كن أخوات منفردات فإن علياً وابن مسعود يفرضان لهن فروضهن ثم يعطيان الجد ما بقي .

مسألة: **(وإذا كانت أخت لأب وأم وأخت لأب وجد كانت الفريضة بين الجد والأختين على أربعة أسهم ، للجد سهمان ولكل أخت سهم ، ثم رجعت الأخت من الأب والأم فأخذت ما في يد أختها لتستكمل النصف)** .

المقاسمة هاهنا أحظ للجد ، وتعتد الأخت للأبوين على الجد بأختها من أبيها فيصير له النصف ولهما النصف بينهما على اثنين ، لكل واحدة سهم ، ثم تأخذ الأخت من الأبوين ما في يد أختها لتستكمل تمام فرضها وهو جميع ما في يدها فلا يبقى لها شيء ، وتصير كما لو كان معهما بنت فأخذت البنت النصف وبقي النصف فإن الأخت من الأبوين تأخذه جميعه ولا يبقى للأخت من الأب شيء .

مسألة: **(فإن كان مع الأخت التي من قبل الأب أخوها كان المال بين الجد والأخ والأختين على ستة أسهم ، للجد سهمان وللأخ سهمان ولكل أخت سهم ثم رجعت الأخت من الأب والأم على الأخ والأخت من الأب فأخذت**

---

(١) في الأصل: فأخذ. وما أثبتناه من المغني ٧: ٧٢.

مما في أيديهما لتستكمل النصف فتصح الفريضة من ثمانية عشر سهماً: للجد ستة أسهم، وللأخت من الأب والأم تسعة أسهم، وللأخ سهمان، وللأخت سهم).

المقاسمة هاهنا والثلث سواء. فإن قاسمت به كان المال بينهم على ستة أسهم، يأخذ الجد سهمين، ثم يكمل للأخت تمام النصف مما في أيديهما ثلاثة أسهم يبقى لها سهم على ثلاثة لا تصح، فتضرب ثلاثة في أصل المسألة تكون ثمانية عشر، كما قال الخرقي. وإن زاد ولد الأب على هذا لم يزادوا على السدس شيئاً؛ لأن الجد لا ينقص عن الثلث والأخت لا تنقص عن النصف فلا يبقى إلا السدس.

مسألة: **(وإذا كان زوج وأم وأخت وجد، فللزوج النصف، وللأم الثلث، وللأخت النصف، وللجد السدس ثم يقسم سدس الجد ونصف الأخت بينهما على ثلاثة أسهم للجد سهمان وللأخت سهم فتصح الفريضة من سبعة وعشرين، للزوج تسعة أسهم، وللأم ستة أسهم، وللجد ثمانية أسهم، وللأخت أربعة أسهم. وهذه المسألة تسمى الأكدرية. ولا يفرض للجد مع الأخوات في غير هذه المسألة).**

قيل: إنما سميت هذه المسألة الأكدرية؛ لتكديرها لأصول زيد في الجد. فإنه أعالها ولا عول عنده في مسائل الجد، وفرض للأخت معه ولا يفرض لأخت مع جد، وجمع سهامها وسهامه فقسمها بينهما ولا نظير لذلك.

وقيل: سميت أكدرية؛ لأن عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلاً اسمه الأكدر فأفتى فيها على مذهب زيد وأخطأ فيها فنسبت إليه.

وإنما أعال زيد هذه المسألة هاهنا؛ لأنه لو لم يفرض للأخت لسقطت وليس في الفريضة من يسقطها.

وأصل المسألة في الأكدرية ستة وعالت إلى تسعة، وسهام الأخت والجد أربعة بينهما على ثلاثة لا تصح فتضرب ثلاثة في تسعة تكن سبعة وعشرين. ثم كل من له شيء في أصل المسألة مضروب في الثلاثة التي ضربتها في المسألة، فللزوج ثلاثة في ثلاثة تسعة، وللأم سهمان في ثلاثة ستة، وبقي اثنا عشر للأخت

والجد على ثلاثة له ثمانية ولها أربعة ويعايا بها . فيقال: أربعة ورثوا مال ميت فأخذ أحدهم ثلثه والثاني ثلث ما بقي والثالث ثلث ما بقي والرابع ما بقي .

مسألة: **(وإذا كانت أم وأخت وجد فللأم الثلث وما بقي فبين الجد والأخت على ثلاثة أسهم ، للجد سهمان وللأخت سهم) .**

وهذه المسألة تسمى الخرقاء، إنما سميت خرقاء؛ لكثرة اختلاف الصحابة فيها فكأن الأقوال خرقتها . قيل: فيها سبعة أقوال فمذهب زيد وموافقيه: للأم الثلث أصلها من ثلاثة ويبقى سهمان بين الأخت والجد على ثلاثة وتصح من تسعة .

مسألة: **(وإذا كانت بنت وأخت وجد فللبنت النصف وما بقي فبين الجد والأخت على ثلاثة أسهم ، للجد سهمان وللأخت سهم) .**

إنما كان كذلك ؛ لأن المقاسمة هاهنا أحظ للجد ؛ لأن الجد يقاسم الأخت فيأخذ مثليها إذا كان معها أخ فكذلك إذا انفردت . والله أعلم .

باب ذوي الأرحام

وهم الأقارب الذين لا فرض لهم ولا تعصيب وهم أحد عشر حيزاً: ولد البنات ، وولد الأخوات ، وبنات الإخوة ، وولد الإخوة من الأم ، والعمات من جميع الجهات ، والعم من الأم ، والأخوال ، والخالات ، وبنات الأعمام ، والجد أبو الأم ، وكل جدة أدلت بأب بين أمَّين أو بأب أعلى من الجد . فهؤلاء ومن أدلى بهم يسمون ذوي الأرحام . وكان أبو عبد الله يورثهم إذا لم يكن ذو فرض ولا عصبة إلا الزوج والزوجة . روي هذا القول عن عمر وعلي وعبد الله بن مسعود وأبي عبيدة بن الجراح ومعاذ بن جبل وأبي الدرداء . وبه قال أهل الكوفة .

والأصل في هذا : قول الله تعالى: ﴿وأولوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلى بِبَعْضٍ في كِتَابِ اللَّهِ﴾ [الأنفال:٧٥] أي: أحق بالتوارث في حكم الله .

وعن ابن عباس «أن النبي ﷺ آخى بين أصحابه فكانوا يتوارثون بذلك حتى نزلت: ﴿وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾ [الأنفال:٧٥] فتوارثوا بالنسب»[١] رواه الدارقطني .

وعن المقدام بن معدي كرب أن النبي ﷺ قال: «الخال وارث من لا وارث له ، يَعْقِلُ عنه ويرثه»[٢] ، وفي لفظ: «يَعْقِلُ عنه ويَفُكُّ عَانَه»[٣] رواه أحمد وأبو داود .

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (**ويورث ذوو الأرحام ، فيجعل من لم تُسمَّ له فريضة بمنزلة من سميت له فيجعل الخال بمنزلة الأم والعمة بمنزلة الأب .**

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٦٧) ٤: ٨٨ كتاب الفرائض .
(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٩٩) ٣: ١٢٣ كتاب الفرائض ، باب في ميراث ذوي الأرحام .
(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٩٠٠) الموضع السابق.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٧٢٤٢) ٤: ١٣٣ .

وعن أبي عبد الله رضي الله عنه: أنه جعلها بمنزلة العم وبنت الأخ بمنزلة الأخ وكل ذي رحم لم تسم له فريضة فهو على هذا النحو).

مذهب أبي عبد الله في توريث ذوي الأرحام مذهب أهل التنزيل، وهو أن ينزل كل واحد منهم منزلة من يمتّ به من الورثة فيجعل له نصيبه فإن بعدوا نزّلوا درجة درجة حتى يصلوا إلى من يمتون فيه فيأخذوا ميراثه، فإن كان واحداً أخذ المال كله وإن كانوا جماعة قسمت المال بين من يمتون به، فما حصل لكل وارث جعل لمن أمت به، فإن بقي من سهام المسألة شيء رد عليهم على قدر سهامهم. وهذا قول سائر من ورثهم من العلماء غير أهل القرابة.

وقد روي عن علي وابن مسعود أنهما نزّلا بنت البنت منزلة البنت وبنت الأخ منزلة الأخ وبنت الأخت منزلة الأخت والعمة منزلة الأب والخالة منزلة الأم. وروي ذلك عن عمر في العمة والخالة. وعن علي أيضاً: أنه نزّل العمة منزلة العم، وهي الرواية الثانية عن أحمد.

وعن أحمد أيضاً: أنه نزلها منزلة الجد مع ولد الإخوة والأخوات، وعنه أنه نزل العمة من الأم منزلة الجدة، وإنما صار هذا الاختلاف في العمة؛ لإدلائها بأربع جهات وارثات فالأب والعم أخواها والجد والجدة أبواها. والصحيح من ذلك: تنزيل العمة أباً والخالة أماً؛ لوجوه ثلاثة:

أحدها: ما روى الزهري أن رسول الله ﷺ قال: «العمة بمنزلة الأب إذا لم يكن بينهما أب، والخالة بمنزلة الأم إذا لم يكن بينهما أم» رواه أحمد.

الثاني: أنه قول عمر وعلي وعبد الله في الصحيح عنهم ولا مخالف لهم في الصحابة.

الثالث: أن الأب أقوى جهات العمة والأم أقوى جهات الخالة، فيتعين تنزيلهما بهما دون غيرهما؛ كبنت الأخ وبنت العم فإنهما ينزلان بمنزلة أبويهما دون أخويهما.

ولأنه إذا اجتمع لهما قرابات و لم يمكن توريثهما بجميعهما ورثنا بأقواهما[1]؛ كالمجوس عند من لا يورثهم بجميع قراباتهم، وكالأخ من الأبوين فإنا نورثه بالتعصيب. وهي جهة أبيه دون قرابة أمه.

مسائل: من ذلك: بنت بنت وبنت بنت ابن المال بينهما على أربعة، فإن كان معهما بنت أخ فالباقي لها وتصح من ستة، فإن كان معهن خالة فلبنت البنت النصف ولبنت بنت الابن السدس تكملة الثلثين وللخالة السدس والباقي لبنت الأخ. وإن كان مكان الخالة عمة حجبت بنت الأخ وأخذت الباقي؛ لأن العمة كالأب فتسقط من هو بمنزلة الأخ ومن نزّلها عماً جعل الباقي لبنت الأخ وأسقط العمة ومن نزّلها جداً قاسم بنت الأخ الثلث الباقي بينهما نصفين، ومن نزّلها جدة جعل لها السدس ولبنت الأخ الباقي.

مسألة: **(وإذا كان وارث غير الزوج والزوجة ممن قد سميت له فريضة أو مولى النعمة فهو أحق بالمال من ذوي الأرحام)**.

هذه المسألة تشتمل على أحكام:

الأول: أن الرد يقدم على ميراث ذوي الأرحام. فمتى خلّف الميت عصبة أو ذا فرض من أقاربه أخذ المال كله ولا شيء لذوي الأرحام. وهذا قول عامة من ورث ذوي الأرحام. قال الخبري: لم يختلفوا أن الرد أولى منهم، إلا ما روي عن سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز أنهما ورثا الخال مع البنت فيحتمل أنهما ورثاه لكونه عصبة أو مولى؛ لئلا يخالفا الإجماع.

وقول النبي ﷺ: «الخال وارث من لا وارث له»[2].

الثاني: المولى المعتق وعصباته أحق من ذوي الأرحام. وهذا قول عامة من ورثهم من الصحابة وغيرهم، وقول من لا يرى توريثهم أيضاً؛ لقوله عليه السلام: «الخال وارث من لا وارث له»[3] والمولى وارث.

---

(١) في الأصل: ورثنا بأقواها. وما أثبتناه من المغني ٧: ٨٧.

(٢) سبق تخريجه ص: ٢٩١.

(٣) سبق تخريجه ص: ٢٩١.

ولأن المولى يعقل وينصر فأشبه العصبة من النسب .

الثالث: في توريثهم مع الزوج والزوجة ، لا نعلم خلافاً بين من ورثهم أنهم يرثون مع أحد الزوجين ما فضل عن ميراثه من غير حجب له ولا معاولة .

وأما كيفية توريثهم معه فروي عن أحمد: أنهم يرثون ما فضل كما يرثون المال إذا انفردوا . وفيه وجه أنهم يقتسمون المال بينهم على قدر سهام من يدلون به مع أحد الزوجين على الحجب والعول ثم يفرض للزوج فرضه كاملاً من غير حجب ولا عول ثم يقسم الباقي بينهم على قدر سهامهم وإنما يقع الخلاف في مسألة فيها من يدلي بذي فرض ومن يدلي بعصبة . وأما إن أدلى جميعهم بذي فرض أو عصبة فلا خلاف فيه .

ومن مسائل ذلك: زوج وبنت بنت وبنت أخت أو ابن أخت أو أولاد أخت أو بنت أخ أو بنات أخ فللزوج النصف والباقي بين بنت البنت ومن معها نصفين . وعلى الوجه الآخر: المسألة من أربعة للزوج الربع ولبنت البنت النصف سهمان يبقى سهم لمن معها ثم يفرض للزوج النصف والنصف الآخر بينهم على ثلاثة ، لبنت البنت سهمان ولمن معها سهم . فإن كان مكان الزوج زوجة فرضت المسألة من ثمانية: للمرأة سهم وللبنت أربعة ويبقى ثلاثة لمن بقي ثم يفرض للمرأة الربع ويقسم الباقي بينهم على سبعة تضربها في أربعة تكن ثمانية وعشرين ومنها تصح ، للمرأة الربع سبعة ولبنت البنت أربعة أسباع الباقي اثنا عشر ويبقى تسعة لمن معها .

مسألة: **(ويورث الذكور والإناث من ذوي الأرحام بالسوية إذا كان أبوهم واحداً وأمهم واحدة ، إلا الخال والخالة فإن للخال الثلثين وللخالة الثلث)** .

اختلفت الرواية عن أحمد في توريث الذكور والإناث من ذوي الأرحام بالسوية إذا كان أبوهم واحداً وأمهم واحدة فنقل الأثرم وحنبل وإبراهيم بن الحارث في الخال والخالة: يعطون بالسوية . فظاهر هذا التسوية في جميع ذوي الأرحام ، وهو اختيار أبي بكر ؛ لأنهم يرثون بالرحم المجرد فاستوى ذكرهم

وأنثاهم كولد الأم . ونقل يعقوب بن بختان: إذا ترك ولد خاله وخالته أجعله بمنزلة الأخ والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين وكذلك ولد العم والعمة ، ونقل عنه المروزي فيمن ترك خاله وخالته: للخال الثلثان وللخالة الثلث . فظاهر هذا التفضيل ، وهو قول أهل العراق وعامة المنزلين ؛ لأن ميراثهم معتبر بغيرهم فلا يجوز حملهم على ذوي الفروض ؛ لأنهم يأخذون المال كله ، ولا على العصبة البعيد ؛ لأن ذكرهم ينفرد بالميراث دون الإناث فوجب اعتبارهم بالقريب من العصبات والإخوة والأخوات .

ويجاب عن هذا: بأنهم معتبرون بولد الأم . وإنما يأخذون كل المال بالفرض والرد ، واتفق الجميع على التسوية بين ولد الأم ؛ لأن آباءهم يستوي ذكرهم وأنثاهم إلا في قياس من أمات السبب فإن للذكر مثل حظ الأنثيين . والذي نقل الخرقي: التسوية بين الجميع إلا في الخال والخالة . و لم أعلم له موافقاً على هذا القول ولا علمت وجهه . وأما قوله: إذا كان أبوهم واحداً وأمهم واحدة فلأن الخلاف إنما هو في ذكر وأنثى أبوهما وأمهما واحد . وأما إذا اختلف آباؤهم وأمهاتهم ؛ كالأخوال والخالات المفترقين والعمات المفترقات أو إذا أدلى كل واحد منهم بغير ما أدلى به الآخر ؛ كابن بنت وبنت بنت أخرى فلذلك موضع آخر نذكر فيه غير هذا إن شاء الله تعالى .

مسألة: **(وإذا كان ابن أخت وبنت أخت أخرى أعطي ابن الأخت حق أمه النصف وبنت الأخت الأخرى حق أمها النصف ، وإن كان ابن وبنت أخت وبنت أخت أخرى فللابن وبنت الأخت النصف بينهما نصفين ولبنت الأخت الأخرى النصف)** .

أما مسألة الأولى فلا خلاف فيها بين المنزلين ؛ لأن كل واحد منهما له ميراث من أدلى به .

وأما الثانية فلا خلاف بين المنزلين في أن لولد كل أخت ميراثها وهو النصف . فمن سوى جعل النصف بين ابن الأخت وأخته نصفين والنصف الآخر لبنت الأخت الأخرى فتصح من أربعة . ومن فضل جعل النصف بينهما على ثلاثة

وتصح من ستة . وإذا انفرد ولد كل أخ أو أخت فالعمل فيه على ما ذكرنا في أولاد البنات . ومتى كان الإخوة أو الأخوات من ولد الأم فاتفق الجماعة على التسوية بين ذكرهم وأنثاهم إلا الثوري ومن أمات السبب .

مسألة: **(فإن كن ثلاث بنات إخوة متفرقات فلبنت الأخت من الأب والأم ثلاثة أخماس المال ، ولبنت الأخت من الأب الخمس ، ولبنت الأخت من الأم الخمس جعلن مكان أمهاتهن ، وكذلك إن كن ثلاث عمات مفترقات)** .

مذهب أحمد وسائر المنزلين في ولد الأخوات: أن المال يقسم بين الأخوات على قدر سهامهن فما أصاب كل أخت فهو لولدها والمال في مسألتنا بين الأخوات على خمسة فيكون بين أولادهن كذلك ، وكذلك إن كن ثلاث عمات مفترقات ؛ لأنهن أخوات الأب ميراثه بينهن كميراث الأخوات المفترقات من أخيهن ، وكذلك الحكم في ثلاث خالات مفترقات ؛ لأنهن أخوات الأم فميراثها بينهن كذلك ، وقدّم أهل القرابة من كان لأب وأم من جميعهم ثم من كان لأب ثم من كان لأم إلا محمد بن الحسن فإنه قسم ميراث أولاد الأخوات على أعدادهم وأقامهم مقام أمهاتهم كأنهم أخوات .

مسألة: **(وإذا كن ثلاث بنات إخوة متفرقين فلبنت الأخ من الأم السدس والباقي لبنت الأخ من الأب والأم)** .

هذا قول جميع المنزلين ؛ لأن الإخوة المفترقين يسقط ولد الأب منهم بولد الأبوين وللأخ للأم السدس والباقي كله للأخ للأبوين ، ثم ما صار لكل أخ فهو لولده . وكذلك الحكم في الأخوال المفترقين وأولادهم ؛ لأن الأخوال إخوة الأم .

مسألة: **(فإن كن ثلاث بنات عمومة متفرقين فالميراث لبنت العم من الأب والأم ؛ لأنهن أقمن مقام آبائهن)** .

أكثر أهل التنزيل على هذا ؛ لأنهن بمنزلة آبائهن ولو كان آباؤهن أحياء لكان المال للعم من الأبوين ، وفارق بنات الإخوة ؛ لأن آباءهن يكون المال بينهم على ستة ويرث الأخ من الأم مع الأخ من الأبوين بخلاف العمومة .

مسألة: **(فإن كن ثلاث عمات مفترقات وثلاث خالات مفترقات فالثلث بين الثلاث خالات على خمسة أسهم ، والثلثان بين الثلاث عمات على خمسة أسهم . فتصح من خمسة عشر سهماً للخالة التي من قبل الأب والأم ثلاثة أسهم ، وللخالة التي من قبل الأب سهم وللخالة التي من قبل الأم سهم ، وللعمة التي من قبل الأب والأم ستة أسهم ، وللعمة التي من قبل الأب سهمان ، وللعمة التي من قبل الأم سهمان)** .

إنما كان كذلك ؛ لأن الخالات بمنزلة الأم والعمات بمنزلة الأب فكأن الميت خلّف أباه وأمه فلأمه الثلث والباقي لأبيه ثم ما صار للأم بين أخواتها على خمسة ؛ لأنهن أخوات لها مفترقات فينقسم نصيبها بينهن بالفرض والرد على خمسة كما يقسم مال الميت بين أخواته المفترقات وما صار للأب قسم بين أخواته على خمسة فصار الكسر في الموضعين على خمسة وإحداهما تجزئ عن الأخرى ؛ لأنهما عددان متماثلان فتضرب خمسة في أصل المسألة وهو ثلاثة فصارت خمسة عشر كما ذكر للخالات سهم في خمسة مقسومة بينهن كما ذكر وللعمات سهمان في خمسة تكن عشرة بينهن على خمسة كما ذكر أيضاً . وهذا قول عامة المنزّلين . والله أعلم .

باب مسائل شتى في الفرائض

يعني: متفرقة . فإنها مسائل من أبواب متفرقة ، يقال: شتى وشتان . قال الله تعالى: ﴿تَحْسَبُهُمْ جَمِيعاً وَقُلُوبُهُمْ شَتَّى﴾ [الحشر:١٤] ، وقال تعالى: ﴿إِنَّ سَعْيَكُمْ لَشَتَّى﴾ [الليل:٤] . وقال الشاعر:

قد عشت في الناس أطواراً على طُرُق شتى وقاسيت فيها اللين والفظعا

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (**والخنثى المشكل يرث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى . فإن بال فسبق البول من حيث يبول الرجل فليس بمشكل ، وحكمه في الميراث وغيره حكم رجل . وإن بال من حيث تبول المرأة فله حكم امرأة**) .

وأما الخنثى الذي له ذكر ذكر وفرج امرأة أو ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول ، وينقسم إلى مشكل وغير مشكل فالذي تتبين فيه علامات الذكورية أو الأنوثية فيعلم أنه رجل أو امرأة فليس بمشكل وإنما هو رجل فيه خلقة زائدة أو امرأة فيها خلقة زائدة ، وحكمه في إرثه وسائر أحكامه حكم ما ظهرت علاماته فيه ، ويعتبر بمباله في قول من بلغنا قوله من أهل العلم .

قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الخنثى يورّث من حيث يبول ، إن بال من حيث يبول الرجل فهو رجل وإن بال من حيث تبول المرأة فهو امرأة ؛ لأن خروج البول أعم العلامات ؛ لوجودها من الصغير والكبير . وسائر العلامات إنما توجد[1] بعد الكبر ، مثل: نبات اللحية ، وتفلك الثدي ، وخروج المني والحيض والحبل . وإن بال منهما جميعاً اعتبرنا أسبقهما نص عليه أحمد ، وهو قول الجمهور ، فإن خرجا معاً و لم يسبق أحدهما فقال أحمد: يورّث

(١) في الأصل: تؤخذ. وما أثبتناه من المغني ٧: ١١٤.

من المكان الذي ينزل منه أكثر . وبهذا قال صاحبا أبي حنيفة ؛ لأنها مزية لإحدى العلامتين فيعتبر بها كالسبق . فإن استويا فهو[1] حينئذ مشكل . فإن مات له من يرثه فقال الجمهور: يوقف الأمر حتى يبلغ فتتبين فيه علامات الرجال ، من إنبات اللحية ، وخروج المني من ذكره وكونه مني رجل ، أو علامات النساء ، من الحيض والحبل وتفلك الثدي نص عليه أحمد ، وحكي عن علي: تعد أضلاعه فإن أضلاع المرأة أكثر من أضلاع الرجل بضلع ، ولو صح هذا لما أشكل حاله ولما احتيج إلى مراعاة المبال .

وقال جابر بن زيد: يوقف إلى جنب حائط فإن بال عليه فهو رجل وإن شلشل بين[2] فخذيه فهو امرأة وليس على هذا تعويل . والصحيح ما ذكرناه وأنه يوقف أمره ما دام صغيراً فإن احتيج إلى قسم الميراث أعطي هو ومن معه اليقين ووقف الباقي إلى حين بلوغه فتعمل المسألة على أنه ذكر ثم على أنه أنثى وتدفع إلى كل وارث أقل النصيبين وتقف الباقي حتى يبلغ ، فإن مات قبل بلوغه أو بلغ مشكلاً فلم تظهر فيه علامة ورث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى نص عليه أحمد ، وهذا قول ابن عباس وأهل المدينة ومكة وأبي يوسف ؛ لأن حالتيه تساوتا فوجب التسوية بين حكميهما ؛ كما لو تداعى نفسان داراً بأيديهما ولا بينة لهما .

ولأنه قول ابن عباس ولا مخالف له في الصحابة .

فصل

واختلف من ورثهم نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى في كيفية توريثهم فذهب أكثرهم إلى أن يجعلوا مرة ذكوراً ومرة إناثاً وتعمل المسألة على هذا مرة وعلى هذا مرة ثم تضرب إحداهما في الأخرى إن تباينتا أو في وفقها إن اتفقتا ، وتجتزئ بإحداهما إن تماثلتا أو بأكثرهما إن تناسبتا وتضربها في اثنين ثم

(١) في الأصل: فهم. وما أثبتناه من المغني ٧: ١١٥.
(٢) في الأصل: على. وما أثبتناه من المغني ٧: ١١٥.

تجمع ما لكل واحد منهما إن تماثلتا وتضرب ما لكل واحد من إحداهما في الأخرى إن تباينتا أو في وفقها إن اتفقتا فتدفعه إليه ، وهذا مذهب المنزلين ، وهو اختيار أصحابنا . وذهب الثوري واللؤلؤي في الولد إذا كان فيهم خنثى إلى أن يجعل للأنثى سهمان وللخنثى ثلاثة وللذكر أربعة ، وذلك لأنا نجعل للأنثى أقل عدد له نصف وهو اثنان وللذكر ضعف ذلك وهو أربعة وللخنثى نصفهما وهو ثلاثة فيكون معه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى . وهذا قول لا بأس به ، وهذا القول يوافق الذي قبله في بعض المواضع ويخالفه في بعضها . وبيان اختلافهما: أننا لو قدرنا ابناً وبنتاً وولداً خنثى لكانت المسألة على هذا القول من تسعة: للخنثى الثلث وهو ثلاثة وعلى القول الأول مسألة الذكورية من خمسة والأنوثية من أربعة ، تضرب إحداهما في الأخرى تكن عشرين ثم في اثنين تكن أربعين ، للبنت سهم في خمسة وسهم في أربعة يكن لها تسعة ، وللذكر ثمانية عشر ، وللخنثى سهم في خمسة وسهمان في أربعة يكن له ثلاثة عشر وهي دون ثلث الأربعين .

مسألة: (**وابن الملاعنة ترثه أمه وعصبتها فإن خلّف أماً وخالاً فللأم الثلث وما بقي فللخال**) .

أما الرجل إذا لاعن امرأته ونفى ولدها وفرق الحاكم بينهما انتفى ولدها عنه وترثه أمه وذوو الفروض منه فروضهم وينقطع التوارث بين الزوجين . لا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافاً ، وأما إن مات أحدهم قبل تمام اللعان من الزوجين ورثه الآخران في قول الجمهور ؛ لأنه تفريق قبل تمام اللعان . فأشبه التفريق قبل الثلاث .

إذا ثبت هذا عدنا إلى مسألة الكتاب فنقول: اختلف أهل العلم في ميراث الولد المنفي باللعان فروي عن أحمد فيه روايتان:

إحداهما: أن عصبته عصبة أمه . نقلها الأثرم وحنبل ، يروى ذلك عن علي وابن عباس وابن عمر ، إلا أن علياً يجعل ذا السهم من ذوي الأرحام أحق ممن لا سهم له وقدم الرد على غيره .

والرواية الثانية: أن أمه عصبته فإن لم تكن فعصبتها عصبته . وهذا قول ابن مسعود ، وروي نحوه عن علي ؛ لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ «أنه جعل ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثتِها من بعدها»[1] رواه أبو داود .

وعن واثلة بن الأسقع عن النبي ﷺ قال: «تَحُوزُ المرأةُ ثلاثةَ مواريث: عَتيقَهَا ولقِيطَهَا وولَدَهَا الذي لاعنتْ عليه»[2] رواه أبو داود .

ولأنها قامت مقام أبيه في انتسابه إليها فقامت مقامه في حيازة ميراثه .

ولأن عصبات الأم أدلوا بها . فلم يرثوا معها ؛ كأقارب الأب معه .

ووجه قول الخرقي: قول النبي ﷺ : «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر»[3] وأولى الرجال به أقارب أمه .

وعن عمر: «أنه ألحق ولد الملاعنة بعصبة أمه»[4] .

ولأن الأم لو كانت عصبة كأبيه لحجبت إخوته .

ولأن مولاها مولى أولادها . فوجب أن تكون عصبتها عصبته كالأب . فإذا خلف ابن الملاعنة أماً وخالاً فلأمه الثلث بلا خلاف والباقي لخاله ؛ لأنه عصبة أمه .

وعلى الرواية الأخرى: هو لها كله ، وهذا قول علي وابن مسعود وأبي حنيفة وموافقيه ، إلا أن ابن مسعود يعطيها إياه لكونها عصبة والباقون بالرد .

مسألة: **(والعبد لا يرث ولا مال له فيورث عنه)** .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٩٠٨) ٣: ١٢٥ كتاب الفرائض، باب ميراث ابن الملاعنة.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٩٠٦) الموضع السابق.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٢١١٥) ٤: ٤٢٩ كتاب الفرائض، باب ما جاء ما يرث النساء من الولاء.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧٤٢) ٢: ٩١٦ كتاب الفرائض، باب تحوز المرأة ثلاث مواريث.

(٣) سبق تخريجه ص: ٢٦٥.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣١٣٢٠) ٦: ٢٧٦ كتاب الفرائض، في ابن الملاعنة إذا ماتت أمه من يرثه ومن عصبته.
وأخرجه الدارمي في سننه (٢٩٥٧) ٢: ٢٤٨ كتاب الفرائض، باب في ميراث ابن الملاعنة. ولفظهما: «عن علي وعبد الله أنهما قالا في ابن الملاعنة: عصبته عصبة أمه» .
وأخرج أحمد في مسنده عن ابن عمر «أن النبي ﷺ ألحق ابن الملاعنة بأمه» (٤٩٣٣) طبعة إحياء التراث.

لا خلاف بين الأئمة الأربعة في أن العبد لا يرث . وأجمعوا على أن المملوك لا يورث ، وذلك لأنه لا مال له فيورث فإنه لا يملك ، ومن قال: يملك بالتمليك فملكه ناقص غير مستقر يزول إلى سيده بزوال ملكه عن رقبته ، بدليل قوله عليه السلام: «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع»[1] .

ولأن السيد أحق بمنافعه وأكسابه في حياته فكذلك بعد مماته .

مسألة: **(ومن بعضه حرٌّ يرثِ ويورَث ويَحْجُبُ على قدر ما فيه من الحرية)** .

أما المعتق بعضه إذا كسب مالاً ثم مات وخلفه نُظر فيه فإن كان كسبه بجزئه الحر مثل: إن كان قد هايأ سيده على منفعته فاكتسب في أيامه أو ورث شيئاً فإن الميراث إنما يستحقه بجزئه الحر أو كان قد قاسم سيده في حياته فتركته كلها لورثته لا حق لمالك باقيه فيها . وأما إن لم يكن كسبه بجزئه الحر خاصة ولا اقتسما كسبه فلمالك باقيه من تركته بقدر ملكه فيه والباقي لورثته . وإن مات له من يرثه فإنه يرث ويورث ويحجب على مقدار ما فيه من الحرية ، وهذا قول علي وابن مسعود ؛ لما روى عبد الله بن أحمد بإسناده عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال في العبد يعتق بعضه: «يَرِثُ ويورَثُ على قدر ما عَتَقَ منه»[2] .

ولأنه يجب أن يكون لكل بعض حكمه ؛ كما لو كان الآخر مثله . وقياساً لأحدهما على الآخر .

إذا ثبت هذا: فالتفريع على قولنا ؛ لأن العمل على غيره واضح . وكيفية توريثه: أن يعطى من له فرض بقدر ما فيه من الحرية من فرضه ، وإن كان عصبة

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٥٠) ٢: ٨٣٨ كتاب المساقاة ، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٤٣) ٣: ١١٧٣ كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر. كلاهما من حديث ابن عمر .

(٢) أخرجه النسائي في سننه (٤٨٠٨) ٨: ٤٥ كتاب القسامة ، دية المكاتب . بنحوه.

نظر ما له مع الحرية الكاملة[1] فأعطي بقدر ما فيه منها ، وإن كانا عصبتين لا يحجب أحدهما الآخر ؛ كابنين نصفهما حر ففيه وجهان:

أحدهما: تكمل الحرية فيهما بأن تضم الحرية من أحدهما إلى ما في الآخر منها ، فإن كمل منهما واحد ورثا جميعاً ميراث ابن حر ؛ لأن نصفي شيء شيء كامل ، ثم يقسم ما ورثاه بينهما على قدر ما في كل واحد منهما . فإذا كان ثلثا أحدهما حراً كان ما ورثاه أثلاثاً ، وإن نقص ما فيهما من الحرية عن حر كامل ورثا بقدر ما فيهما ، وإن زاد على حر واحد وكان الجزآن فيهما سواء قسم ما يرثانه بينهما بالسوية ، وإن اختلفا أعطي كل واحد منهما بقدر ما فيه .

قال الخبري: قال الأكثرون: هذا قياس قول علي عليه السلام .

والوجه الآخر: لا تكمل الحرية فيهما ؛ لأنها لو كملت لم يظهر للرق أثر وكانا في ميراثهما كالحرين ، وإن كان أحدهما يحجب الآخر فقد قيل فيهما وجهان أيضاً .

والصحيح: أن الحرية لا تكمل هاهنا ؛ لأن الشيء لا يكمل بما يسقطه ولا يجمع بينه وبين ما ينافيه[2] ، وورثهم بعضهم بالخطاب وتنزيل الأحوال وحجب بعضهم ببعض .

مسائل من ذلك: ابن نصفه حر له نصف المال فإن كان معه ابن آخر نصفه حر فلهما المال في أحد الوجهين . وفي الآخر: لهما نصفه والباقي للعصبة أو لبيت المال إن لم تكن عصبة .

قال صاحب المغني: ويحتمل أن يكون لكل واحد منهما ثلاثة أثمان المال ؛ لأنهما لو كانا حرين لكان لكل واحد منهما النصف ولو كانا رقيقين لم يكن لهما شيء ، ولو كان الأكبر وحده حراً كان له الكل ولا شيء للأصغر ، ولو كان الأصغر حراً كان كذلك ، فلكل واحد منهما في أربعة أحوال مال ونصف فله ربع ذلك وهو ثلاثة أثمان .

---

(١) زيادة من المغني ٧: ١٣٥.

(٢) في الأصل: يجمع بين ما ينافيه. وما أثبتناه من المغني ٧: ١٣٥.

مسألة: **(وإذا خلف ابنين فأقر أحدهما بأخ فللمقر له ثلث ما في يد المقر. وإن أقر بأخت فلها خمس ما في يده)**.

قد ذكرنا في باب الإقرار من يثبت النسب بقوله ومن لا يثبت. ونذكر هاهنا ما يستحق المقر به من الميراث إذا لم يثبت نسبه فنقول: إذا أقر بعض الورثة بمشارك في الميراث فلم يثبت نسبه لزم المقر أن يدفع إليه فضل ما في يده عن ميراثه، وهذا قول مالك؛ لأنه أقر بحق لمدعيه يمكن صدقه فيه ويد المقر عليه وهو متمكن من دفعه إليه. فلزمه ذلك؛ كما لو أقر بمعين.

ولأنه إذا علم أن هذا أخوه وله ثلث التركة وتيقن استحقاقه لها وفي يده بعضه وصاحبه يطلبه لزمه دفعه إليه وحرم عليه منعه منه كما في سائر المواضع. وعدم ثبوت نسبه في الظاهر لا يمنع وجوب دفعه إليه؛ كما لو غصبه شيئاً و لم تقم البينة بغصبه.

فعلى هذا: إذا خلف ابنين فأقر أحدهما بأخ فللمقر له ثلث ما في يد المقر وهو سدس المال؛ لأنه يقول: نحن ثلاثة لكل واحد منا الثلث وفي يدي النصف ففضل في يدي لك السدس فيدفعه إليه وهو ثلث ما في يده. وإن أقر بأخت دفع إليها خمس ما في يده؛ لأنه يقول: نحن أخوان وأخت فلك الخمس من جميع المال وهو خمس ما في يدي وخمس ما في يد أخي فيدفع إليها خمس ما في يده.

مسألة: **(والقاتل لا يرث المقتول، عمداً كان القتل أو خطأً)**.

أجمع أهل العلم على أن قاتل العمد لا يرث من المقتول شيئاً، إلا ما حكي عن سعيد بن المسيب وابن جبير أنهما ورثاه، وهو رأي الخوارج؛ لأن آية الميراث تتناوله[1] بعمومها فيجب العمل بها فيه، ولا تعويل على هذا القول؛ لشذوذه وقيام الدليل على خلافه. «فإن عمر أعطى دية ابن قتادة المذحجي لأخيه دون

(١) في الأصل: تناوله. وما أثبتناه من المغني ٧: ١٦١.

أبيه، وكان حذفه بسيف فقتله»[1]. واشتهرت هذه القصة بين الصحابة فلم تنكر فكانت إجماعاً.

وقال عمر: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ليس لقاتل شيء»[2] رواه مالك في الموطإ والإمام أحمد.

وعن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «من قتل قتيلاً فإنه لا يرثه وإن لم يكن له وارثٌ غيره، وإن كان والدَه أو ولدَه فليس لقاتل ميراث»[3] رواه الإمام أحمد بإسناده.

ولأن توريث القاتل يفضي إلى تكثير القتل؛ لأن الوارث ربما استعجل موت موروثه ليأخذ ماله كما فعل الإسرائيلي الذي قتل عمه فأنزل الله تعالى فيه قصة البقرة. وأما القاتل خطأً فذهب كثير من أهل العلم إلى أنه لا يرث أيضاً نص عليه أحمد، ويروى ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود وابن عباس، وروي نحوه عن أبي بكر الصديق، وبه قال أبو حنيفة والشافعي؛ للأحاديث المذكورة.

ولأن من لا يرث من الدية لا يرث من غيرها؛ كقاتل العمد والمخالف في الدين والعمومات مخصوصة بما ذكرناه.

والقتل المانع من الإرث هو القتل بغير حق والمضمون بقود أو دية أو كفارة؛ كالعمد وشبه العمد والخطأ وما أجري مجرى الخطأ؛ كالقتل بالسبب وقتل الصبي والمجنون والنائم، وما ليس بمضمون بشيء مما ذكرنا لا يمنع الميراث؛ كالقتل قصاصاً أو حداً أو دفعاً عن نفسه وقتل العادل الباغي، أو من قصد مصلحة موليه

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ٧٢ كتاب الديات، باب أسنان دية العمد إذا زال فيه القصاص. ولفظه: عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن قتادة بن عبدالله كانت له أمة ترعى غنمه فبعثها يوماً ترعاها فقال له ابنه منها: حتى متى تستأمي أمي والله لا تستأمها أكثر مما استأميتها فأصاب عرقوبه فطعن في خاصرته فمات قال: فذكر ذلك سراقة بن مالك بن جعشم لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال له: وائتني من قابل ومعك أربعون أو قال: عشرون ومائة من الإبل قال: ففعل فأخذ عمر رضي الله عنه منها ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين ما بين ثنية إلى بازل عامها كلها خلفة فأعطاها إخوته ولم يورث منها أباه شيئاً. وقال: لولا أني سمعت رسول الله ﷺ يقول: لا يقاد والد بولد لقتلتك أو لضربت عنقك».

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٣٤٧) ١: ٤٩.
وأخرجه مالك في موطئه (١٠) ٢: ٦٦٠ كتاب العقول، باب ما جاء في ميراث العقل والتغليظ فيه.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٢٠ كتاب الفرائض، باب لا يرث القاتل.

بما له فعله من سقي دواء أو بط جرح فمات، أو من أمره إنسان عاقل كبير ببط جراحه، أو قطع سلعة منه فتلف بذلك ورثه في ظاهر المذهب؛ لأنه حرم الميراث في القتل بغير حق كيلا يفضي إلى إيجاد القتل المحرم وزجراً عن إعدام النفس المعصومة وفي مسألتنا حرمان الميراث يمنع إقامة الحدود الواجبة واستيفاء الحقوق المشروعة ولا يفضي إلى إيجاد قتل محرم فهو ضد ما ثبت في الأصل.

مسألة: **(ولا يرث مسلم كافراً ولا كافر مسلماً، إلا أن يكون معتقاً فيأخذ ماله بالولاء)**.

أجمع أهل العلم على أن الكافر لا يرث المسلم.

وقال جمهور الصحابة والفقهاء: لا يرث المسلم الكافر. يروى هذا عن أبي بكر وعثمان وعلي وأسامة بن زيد وجابر بن عبد الله، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وعامة الفقهاء وعليه العمل.

والأصل فيه: ما روى أسامة بن زيد عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم»[1] رواه الجماعة إلا مسلماً والنسائي.

وعن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «لا يتوارث أهل ملّتين شتى»[2] رواه أحمد وأبو داود.

ولأن الولاية منقطعة بين المسلم والكافر فلم يرثه، كما لا يرث الكافر المسلم.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٣٨٣) ٦: ٢٤٨٤ كتاب الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦١٤) ٣: ١٢٣٣ كتاب الفرائض.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٩٠٩) ٣: ١٢٥ كتاب الفرائض، باب هل يرث المسلم الكافر.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٢١٠٧) ٤: ٤٢٣ كتاب الفرائض، باب ما جاء في إبطال الميراث بين المسلم والكافر.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧٢٩) ٢: ٩١١ كتاب الفرائض، باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢١٢٤٠) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٩١١) ٣: ١٢٥ كتاب الفرائض، باب هل يرث المسلم الكافر.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧٣١) ٢: ٩١٢ كتاب الفرائض، باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك.
وأخرجه أحمد في مسنده (٦٦٢٦) طبعة إحياء التراث.

وأما المعتق إذا خالف دينه دين معتقه فنذكره في باب الولاء إن شاء الله تعالى .

مسألة: (**والمرتد لا يرث أحداً ، إلا أن يرجع قبل أن يقسم الميراث**) .

لا نعلم خلافاً في هذا ، وذلك لأنه لا يرث مسلماً ؛ لقوله عليه السلام: «لا يرث كافر مسلماً ولا يرث مسلم كافراً»[1] ؛ لأنه يخالفه في حكم الدين ؛ لأنه لا يقر على كفره . فلم يثبت له أحكام أهل الدين الذي انتقل إليه ، ولهذا لا تحل ذبيحته ولا نكاح نسائهم وإن انتقلوا إلى دين أهل الكتاب .

ولأن المرتد تزول أملاكه الثابتة له أو استقرارها فلأن لا يثبت له ملك أولى .

ولو ارتد متوارثان فمات أحدهما لم يرثه الآخر فإن المرتد لا يرث ولا يورث . وإن رجع المرتد إلى الإسلام قبل قسم الميراث قسم له .

مسألة: (**وكذلك كل من أسلم على ميراث قبل أن يقسم قسم له**) .

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن أسلم قبل قسم ميراث موروثه المسلم ، فعنه أنه يرث . وروي نحوه عن عمر وعثمان والحسن بن علي وابن مسعود .

فعلى هذا: إن أسلم قبل قسم بعض الميراث ورث مما بقي . ونقل أبو الخطاب فيمن أسلم بعد الموت لا يرث قد وجبت المواريث لأهلها . وهذا المشهور عن علي ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي وعامة الفقهاء ؛ لقوله عليه السلام: «لا يرث الكافر المسلم»[2] .

ولأن المانع من الإرث متحقق حال وجود الموت . فلم يرث ؛ كما لو كان رقيقاً فعتق ، أو كما لو بقي على كفر .

ولأن الملك قد انتقل إلى المسلمين . فلم يشاركهم من أسلم ؛ كما لو اقتسموا .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣٠٦.

(٢) سبق تخريجه ص: ٣٠٦.

ووجه الرواية الأولى وهي أصح: قول النبي ﷺ: «من أسلم على شيء فهو له»[1] رواه سعيد من طريقين عن عروة وابن أبي مليكة عن النبي ﷺ.

وعن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «كل قَسْم قُسِمَ في الجاهليةِ فهوَ على ما قُسِمَ. وكل قَسْمٍ أدركَهُ الإسلامُ. فإنه على قَسْمِ الإسلام»[2] رواه أبو داود وابن ماجة.

وروى ابن عبد البر بإسناده في التمهيد عن زيد بن قتادة العنبري: «أن إنساناً من أهله مات على غير دين[3] الإسلام فورثته أختي دوني وكانت على دينه ثم إن جدي أسلم وشهد مع النبي عليه السلام حنيناً فتوفي فلبثت سنة وكان ترك ميراثاً ثم إن أختي أسلمت فخاصمتني في الميراث إلى عثمان فحدثه عبد الله بن أرقم أن عمر قضى: أنه من أسلم على ميراث قبل أن يقسم فله نصيبه فقضى به عثمان فذهبت بذلك الأول وشاركتني في هذا»[4]. وهذه قضية انتشرت فلم تنكر فكانت إجماعاً.

ولأنه لو تجدد له صيد بعد موته بأن وقع في شبكته التي نصبها في حياته لثبت له الملك فيه، ولو وقع إنسان في بئر حفرها لتعلق ضمانه بتركته بعد موته فجاز أن يتجدد حق من أسلم من ورثته بتركته ترغيباً في الإسلام وحثاً عليه، وأما إذا قسمت التركة وتعين حق كل وارث ثم أسلم فلا شيء له وإن كان الوارث واحداً فإذا تصرف في التركة واحتازها كان بمنزلة قسمتها.

مسألة: (**ومتى قُتل المرتد على ردته فمالُه فيء**).

واختلفت الرواية عن أحمد في مال المرتد إذا مات أو قتل على ردته فروي عنه أنه يكون فيئاً في بيت مال المسلمين.

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (١٨٩-١٩٠) ١: ٧٦ كتاب الفرائض، باب من أسلم على الميراث قبل أن يقسم.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٩١٤) ٣: ١٢٦ كتاب الفرائض، باب فيمن أسلم على ميراث.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٨٥) ٢: ٨٣١ كتاب الرهون، باب قسمة الماء.

(٣) في الأصل: على دين. وما أثبتناه من المغني ٧: ١٧٢.

(٤) أخرجه ابن عبدالبر في التمهيد ٢: ٥٦-٥٧.

قال القاضي: هو الصحيح في المذهب ، وهو قول ابن عباس ومالك والشافعي .

وعن أحمد ما يدل على أنه لورثته من المسلمين . روي ذلك عن أبي بكر الصديق وعلي وابن مسعود .

ووجهه: أنه قول الخليفتين الراشدين فإنه يروى عن زيد بن ثابت قال: « بعثني أبو بكر عند رجوعه إلى أهل الردة أن أقسم ميراثهم بين ورثتهم المسلمين » .

ولأن ردته ينتقل بها ماله . فوجب أن ينتقل إلى ورثته المسلمين ؛ كما لو انتقل بالموت .

وعن أحمد: أن ماله لأهل دينه ؛ كالحربي وسائر الكفار .

والمشهور الأول ؛ لقول النبي ﷺ : « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم »[1] ، وقوله: « لا يتوارث أهل ملتين شتى »[2] .

ولأنه كافر فلا يرثه المسلم كالكافر الأصلي .

ولأن ماله مال مرتد . فأشبه الذي كسبه في ردته ، ولا يمكن جعله لأهل دينه ؛ لأنه لا يرثهم فلا يرثونه كغيرهم من أهل الأديان .

ولأنه يخالفهم في حكمهم فإنه لا يقر على من انتقل إليه ولا تؤكل له ذبيحته ولا يحل نكاحه إن كان امرأة . فأشبه الحربي مع الذمي .

فإن قيل: إذا جعلتموه فيئاً فقد ورثتموه للمسلمين ؟

قلنا: لا يأخذونه ميراثاً بل يأخذونه فيئاً كما يؤخذ مال الذمي إذا لم يخلف وارثاً وكالعشور .

مسألة: **(وإذا غرق المتوارثان أو كانا تحت هدم وجهل أولهما موتاً ورث بعضهم من بعض)** .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣٠٦.

(٢) سبق تخريجه ص: ٣٠٦.

أما المتوارثان إذا ماتا فجهل أولهما موتاً فإن أحمد قال: أذهب إلى قول عمر وعلي وشريح وإبراهيم والشعبي: يرث بعضهم من بعض يعني من تلاد ماله دون طارفه وهو ما ورثه من ميت معه . وحكي ذلك عن ابن مسعود .

قال الشعبي: «وقع الطاعون بالشام عام عمواس فجعل أهل البيت يموتون عن آخرهم فكتب في ذلك إلى عمر فكتب عمر: أن ورثوا بعضهم من بعض»[1] .

وروي عن أبي بكر وزيد وابن عباس: أنهم لم يورثوا بعضهم من بعض وجعلوا مال كل واحد للأحياء من ورثته ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي ، والعمل على هذا عندي .

وروي عن أحمد ما يدل عليه فإنه قال في امرأة وابنها ماتا ، فقال زوجها: ماتت قبل ابني فورثناها ثم مات ابني فورثته ، وقال أخوها: مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وكان ميراث الابن لأبيه وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين . فجعل ميراث كل واحد منهما للأحياء من ورثته ، فيحتمل أن يجعل هذا رواية عن أحمد في جميع مسائل الباب ، ويحتمل أن يكون هذا قوله فيما إذا ادعى وارث كل ميت أن موروثه كان آخرهما موتاً ويورث كل واحد منهما من الآخر إذا اتفق وراثهم على الجهل بكيفية موتهم ؛ لأن مع التداعي تتوجه اليمين على المدعى عليه فيحلف على إبطال دعوى صاحبه ويتوفر الميراث له كما في سائر الحقوق ، بخلاف ما إذا اتفقوا على الجهل فلا تتوجه يمين ؛ لأن اليمين لا تشرع في موضع اتفقوا على الجهل به .

واحتج من قال: بعدم توريث بعضهم من بعض بما روى سعيد ثنا إسماعيل بن عياش عن يحيى بن سعيد: «أن قتلى اليمامة وقتلى صفين والحرة لم يورثوا بعضهم من بعض وورثوا عصبتهم الأحياء»[2] .

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٣٢) ١: ٨٥ كتاب الفرائض، باب الغرقى والحرقى.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٣٨) ١: ٨٦ للموضع السابق.

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٢٢ كتاب الفرائض ، باب ميراث من عمي موته.

وروى أيضاً بإسناده «أن أم كلثوم بنت علي توفيت هي وابنها زيد بن عمر فالتقت الصيحتان في الطريق فلم يدر أيهما مات قبل صاحبه ، فلم ترثه و لم يرثها ، وأن أهل صفين وأهل الحرة لم يتوارثوا»[1] .

ولأن شرط التوريث حياة الوارث بعد موت الموروث وهو غير معلوم فلا يثبت التوريث مع الشك في شرطه .

ولأنه لم تعلم حياته حين موت موروثه . فلم يرثه ؛ كالحمل إذا وضعته ميتاً .

ولأن الأصل عدم التوريث فلا يثبت بالشك .

ولأن توريث كل واحد منهما خطأ يقيناً ؛ لأنه لا يخلو من أن يكون موتهما معاً أو سبق أحدهما به وتوريث السابق بالموت والميت معه خطأ يقيناً مخالف للإجماع فكيف يعمل به ؟

فإن قيل: ففي قطع التوريث قطع توريث المسبوق بالموت وهو خطأ أيضاً ، قلنا: هذا غير متيقن ؛ لأنه يحتمل موتهما جميعاً فلا يكون منهما مسبوق ، وقد احتج بعض أصحابنا بما روى إياس بن عبد المزني «أن النبي ﷺ سئل عن قوم وقع عليهم بيت ؟ فقال: يرث بعضهم بعضاً»[2] .

والصحيح: أن هذا من قول إياس نفسه ، وأنه المسؤول وليس برواية عن النبي عليه السلام . هكذا رواه سعيد في سننه ، وحكاه الإمام أحمد عنه .

ومن مسائل ذلك: أخوان غرقا أحدهما مولى زيد والآخر مولى عمرو ، من ورث كل واحد منهما من صاحبه جعل ميراث كل واحد منهما لمولى أخيه ومن لم يورث كل واحد منهما من صاحبه جعل ميراث كل واحد منهما لمولاه . وإن ادعى كل واحد من المولِيين أن مولاه آخرهما موتاً حلف كل واحد منهما على

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٤٠) الموضع السابق.
وأخرجه البيهقي في الموضع السابق.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٣٤) ١: ٨٥ كتاب الفرائض، باب الغرقى والحرقى..
وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٩١٥٩) ١٠: ٢٩٧ كتاب الفرائض، باب الغرقى.
وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣١٣٢٩) ٦: ٢٧٧ كتاب الفرائض، في الغرقى من كان يورث بعضهم من بعض.

إبطال دعوى صاحبه وأخذ مال مولاه على مسألة الخرقي . وإن كان لهما أخت فلها الثلثان من مال كل واحد منهما على القول الأول والنصف على الثاني . وإن خلّف كل واحد منهما بنتاً وزوجة فمن لم يورث بعضهم من بعض صححها من ثمانية لامرأته الثمن ولابنته النصف والباقي لمولاه ، ومن ورثهم جعل الباقي لأخيه ثم قسمه بين ورثة أخيه على ثمانية ثم ضربها في الثمانية الأولى فصحت من أربعة وستين ، لامرأته ثمانية ولابنته اثنان وثلاثون ولامرأة أخيه ثمن الباقي ثلاثة ولابنته اثنا عشر ولمولاه الباقي تسعة .

أخ وأخت غرقا ولهما أم وعم وللمرأة زوج وللأخ زوجة . فمن ورث كل واحد منهما من صاحبه جعل ميراث الأخ بين امرأته وأمه وأخته على ثلاثة عشر فما أصاب الأخت منها فهو بين زوجها وأمها وعمها على ستة فصحت المسألتان من ثلاثة عشر ، لامرأة الأخ ثلاثة ولزوج الأخت ثلاثة وللأم أربعة بميراثها من الأخ اثنان واثنان بميراثها من الأخت وللعم سهم وميراث الأخت بين زوجها وأمها وأخيها على ستة ، لأخيها سهم بين أمه وامرأته وعمه على اثني عشر تضربها في الأولى تكن من اثنين وسبعين . والضرر في هذا القول على من لم يرث من أحد الميتين دون الآخر وينتفع به من يرث منهما .

مسألة: **(ومن لم يرث لم يحجب)** .

يعني: من لم يرث لمعنى فيه ؛ كالمخالف في الدين والرقيق والقاتل بغير حق فهذا لا يحجب غيره في قول عامة أهل العلم من الصحابة والتابعين ؛ لأنه ولد لا يحجب ولد الأم ولا يحجب ولده ولا الأب إلى السدس فلم يحجب غيرهم كالميت .

ولأنه لا يؤثر في حجب غير الأم والزوجين فلم يؤثر في حجبهم كالميت .

وأما من لا يرث لحجب غيره له فإنه يحجب وإن لم يرث ؛ كالإخوة يحجبون الأم وهم محجوبون بالأب ؛ لأن عدم إرثهم لم يكن لمعنى فيهم ولا لانتفاء أهليتهم بل لتقديم غيرهم عليهم والمعنى الذي حجبوا به في حال إرثهم موجود مع حجبهم عن الميراث بخلاف مسألتنا .

فعلى هذا إذا اجتمع أبوان أو أخوان أو أختان فللأم السدس والباقي للأب ويحجب الأخوان الأم عن السدس ولا يرثون شيئاً . والله أعلم .

كتاب الولاء

قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ [الأحزاب:٥] يعني الأدعياء.

وقال النبي ﷺ: «الولاء لمن أعتق»[١] أخرجاه.

وعن ابن عمر «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وهبته»[٢] رواه الجماعة.

وعن النبي ﷺ أنه قال: «من والى قوماً بغير إذن مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفاً ولا عدلاً»[٣] متفق عليه.

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: **(والولاء لمن أعتق وإن اختلف ديناهما)**.

أجمع أهل العلم على أن من أعتق عبداً أو عتق عليه و لم يعتقه سائبة أن له عليه الولاء؛ لقوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق»[٤].

وأجمعوا أيضاً على أن السيد يرث عتيقه إذا مات جميع ماله إذا اتفق ديناهما و لم يخلّف وارثاً سواه، وذلك لقول النبي ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب»[٥]، والنسب يورث به ولا يورث، كذلك الولاء.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢٨٣.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٩٨) ٢: ٨٩٦ كتاب العتق، باب بيع الولاء وهبته.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٠٦) ٢: ١١٤٥ كتاب العتق، باب النهي عن بيع الولاء وهبته.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٩١٩) ٣: ١٢٧ كتاب الفرائض، باب في بيع الولاء.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣٦) ٣: ٥٣٧ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الولاء وهبته.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٥٧) ٧: ٣٠٦ كتاب البيوع، بيع الولاء.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧٤٧) ٢: ٩١٨ كتاب الفرائض، باب النهي عن بيع الولاء وعن هبته.
وأخرجه أحمد في مسنده (٤٥٤٦) طبعة إحياء التراث.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٨٧٠) ٦: ٢٦٦٢ كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب ما يكره من التعمق والتنازع في العلم...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٧٠) ٢: ٩٩٤ كتاب الحج، باب فضل المدينة...

(٤) سبق تخريجه ص: ٢٨٣.

(٥) أخرجه ابن حبان في صحيحه (٤٩٥٠) ١١: ٣٢٥ كتاب البيوع، ذكر العلة التي من أجلها نهي عن بيع الولاء وعن هبته.

⇦

فصل

وإن اختلف دين السيد وعتيقه فالولاء ثابت لا نعلم فيه خلافاً ؛ لعموم قول النبي ﷺ: «الولاء لمن أعتق»[1] ، وقوله: «الولاء لحمة كلحمة النسب»[2] ولحمة النسب تثبت مع اختلاف الدين فكذلك الولاء .

ولأن الولاء إنما يثبت له عليه لإنعامه[3] بإعتاقه وهذا المعنى ثابت مع اختلاف دينهما ، ويثبت الولاء للذكر على الأنثى والأنثى على الذكر ولكل معتق ؛ لعموم الخبر والمعنى . وهل يرث السيد مولاه مع اختلاف الدين؟ فيه روايتان:

إحداهما: يرثه . روي ذلك عن علي . واحتج أحمد بقول علي: «الولاء شُعبة من الرق»[4] .

والرواية الثانية: لا يرث السيد عتيقه مع اختلاف دينهما ، وهذا قول جمهور العلماء ، وهو الأقوى عندي ؛ لعموم قوله عليه السلام: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم»[5] .

ولأنه ميراث فيمنعه اختلاف الدين كميراث النسب .

ولأن اختلاف الدين مانع من الميراث فمنع الميراث بالولاء ؛ كالقتل والرق . يحققه: أن الميراث بالنسب أقوى فإذا منع الأقوى فالأضعف أولى .

مسألة: (**ومن أعتق سائبة لم يكن له الولاء ، وإن أخذ من ميراثه شيئاً جعله في مثله**) .

قال أحمد في الرجل يعتق عبده سائبة: كأنه يجعله لله لا يكون ولاؤه لمولاه قد جعله لله وسلمه .

⇨

وأخرجه الحاكم في مستدركه (٧٩٩٠) ٤: ٣٧٩ كتاب الفرائض. وقال: صحيح الإسناد و لم يخرجاه.

(١) سبق تخريجه ص: ٢٨٣.

(٢) سبق تخريجه قريبا.

(٣) في الأصل: بإنعامه. وما أثبتناه من المغني ٧: ٢٤٠.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠: ٣٠٢-٣٠٣ كتاب الولاء، باب المولى المعتق إذا مات . .

(٥) سبق تخريجه ص: ٣٠٦.

وعن أبي عمرو الشيباني عن عبد الله بن مسعود: السائبة يضع ماله حيث شاء.

ومتى قال الرجل لعبده: أعتقتك سائبة أو أعتقتك ولا ولاء لي عليك لم يكن له عليه ولاء، فإن مات وخلف مالاً و لم يدع وارثاً اشترى بماله رقاب فأعتقوا في المنصوص عن أحمد. وأعتق ابن عمر عبداً سائبة فمات فاشترى ابن عمر بماله رقاباً فأعتقهم.

مسألة: **(ومن ملك ذا رحم محرم عتق عليه وكان له ولاؤه)**.

ذو الرحم المحرم القريب الذي يحرم نكاحه عليه لو كان أحدهما رجلاً والآخر امرأة، وهم الولدان وإن علوا من قبل الأب والأم جميعاً والولد وإن سفل من ولد البنين والبنات والإخوة والأخوات وأولادهم وإن سفلوا والأعمام والعمات والأخوال والخالات دون أولادهم. فمتى ملك أحداً منهم عتق عليه. روي ذلك عن عمر وابن مسعود، وبه قال أبو حنيفة.

وعن أحمد: لا يعتق إلا عمودي النسب، وبه قال الشافعي.

ووجه الرواية الأولى: ما روى الحسن عن سمرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من ملك ذا رحم محرم فهو حر»[1] رواه الخمسة إلا النسائي.

وفي لفظ لأحمد: «فهو عتيق»[2].

ولأنه ذو رحم محرم فعتق عليه بالملك؛ كعمودي النسب.

ومتى عتق عليه فولاؤه له؛ لأنه يعتق من ماله بسبب فعله. فكان ولاؤه له؛ كما لو باشر عتقه، وسواء ملكه بشراء أو هبة أو غنيمة أو إرث أو غيره، لا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٩٤٩) ٤: ٢٦ كتاب العتق، باب فيمن ملك ذا رحم محرم.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٦٥) ٣: ٦٤٦ كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن ملك ذا رحم محرم.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٢٤) ٢: ٨٤٣ كتاب العتق، باب من ملك ذا رحم محرم فهو حر.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٠٢١٧) ٥: ١٨.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (١٩٦٩٢) طبعة إحياء التراث.

ولا خلاف في أن المحارم من غير ذوي الأرحام لا يعتقون على سيدهم؛ كالأم والأخ من الرضاعة والربيبة وأم الزوجة وابنتها؛ لأنهم لا نص في عتقهم ولا هم في معنى المنصوص عليه. فيبقون على الأصل.

ولأنهما لا رحم بينهما ولا توارث ولا تلزمه نفقته فأشبه الربيبة وأم الزوجة.

مسألة: (**وولاء المدبر والمكاتب لسيدهما إذا عتقا**).

هذا قول عامة الفقهاء. منهم الشافعي وأهل العراق؛ لأن السيد هو المعتق للمكاتب؛ لأنه يبيعه بماله وماله وكسبه لسيده فجعل ذلك له ثم باعه به حتى عتق فكان هو المعتق، وهو المعتق للمدبر بلا إشكال، وقد قال النبي عليه السلام: «الولاء لمن أعتق»[1].

ويدل على ذلك: أن المكاتبين يدعون موالي مكاتبيهم فيقال: أبو سعيد مولى أبي أسيد، وسيرين مولى أنس، وسليمان بن يسار مولى ميمونة، وقد وهبت ولاؤه لابن عباس وكانوا مكاتبين، وكذلك أشباههم.

ويدل على ذلك: أن في حديث بريرة: «أنها جاءت عائشة فقالت: يا أم المؤمنين إني كاتبت أهلي على تسع أواق فأعينيني. فقالت عائشة: إن شاؤا عددت لهم عدَّةً واحدةً ويكون ولاؤك لي فعلت، فأبوا أن يبيعوها، إلا أن يكون الولاء لهم. فقال النبي ﷺ: اشتريها واشترطي لهم الولاء»[2] وهذا يدل على أن الولاء كان لهم لو لم تشترها منهم عائشة.

مسألة: (**وولاء أم الولد لسيدها إذا ماتت**).

يعني: إذا عتقت بموت سيدها فولاؤها يرثه أقرب عصبته، وهذا قول عمر وعثمان، وبه قال عامة الفقهاء.

وعن علي: لا تعتق ما لم يعتقها وله بيعها، وعن أحمد مثله. ولذكر الدليل على عتقها موضع غير هذا.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢٨٣.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٢٤) ٢: ٩٠٤ كتاب العتق، باب استعانة المكاتب وسؤاله الناس.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٠٤) ٢: ١١٤١ كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق.

ولا خلاف بين القائلين بعتقها أن ولاءها لمن عتقت عليه .

ومذهب الجمهور: أنها تعتق بموت سيدها من رأس المال فيكون ولاؤها لـه ؛ لأنها عتقت بفعله من مالـه . فكـان ولاؤهـا لـه ؛ كمـا لـو عتقـت بقولـه ويختـص ميراثها بالولاء بالذكور من عصبة السيد ؛ كالمدبر والمكاتب .

مسألة: (**ومن أعتق عبده عـن رجـل حي بـلا أمـره أو عـن ميـت فـالولاء للمعتق**) .

هـذا قـول أبـي حنيفـة وأبـي يوسـف والشـافعي ؛ لقـول النبـي ﷺ: «الـولاء للمعتق»[1] .

ولأنه أعتق عبده من غير إذن غيره . فكان الولاء له ؛ كما لو لم يقصد شيئاً .

مسألة: (**وإن أعتقه عنه بأمره فالولاء للمعتق عنه بأمره**) .

وبهذا قال الشافعي . وعن أحمد: الولاء للمعتق ، إلا أن يعتقه عنه على عوض فيكون له الولاء وعليه العوض . ويصير كأنه اشتراه ثم وكله في إعتاقه .

أما إذا كان عن غير عـوض فـلا يصـح تقديـر البيـع فيكـون الـولاء للمعتـق ؛ لعموم قوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق»[2] وهذا مذهب أبي حنيفة وأصحابه .

ووجه قول الخرقي: أنه وكيل في الإعتاق . فكان الولاء للمعتق عنه ؛ كما لو أخذ عوضاً فإنه كما يجوز تقدير البيع فيما إذا أخذ عوضاً يجوز تقدير الهبة فيمـا إذا لم يأخذ عوضاً ، فإن الهبة جائزة في العبـد كمـا يجـوز البيـع . والخـبر مخصـوص بمـا إذا[3] أخذ عوضاً وبسائر الوكلاء فنقيس عليه محل النزاع .

مسألة: (**ومن قال: أعتق عبدك عني وعليَّ ثمنه ففعل فقد صار حـراً وعليـه ثمنه والولاء للمعتق عنه**) .

لا نعلم في هـذه المسـألة خلافـاً وأن الـولاء للمعتـق عنـه ؛ لكونـه أعتقـه عنـه بعوض ويلزمه الثمن ؛ لأنه أعتقه عنه بشرط العوض فنقدر ابتياعه منه ثم توكيله في

(١) سبق تخريجه ص: ٢٨٣.

(٢) سبق تخريجه ص: ٢٨٣.

(٣) زيادة من المغني ٧: ٢٥٢.

عتقه [ليصح عنه . فيكون الثمن عليه والولاء له له ؛ كما لو ابتاعه منه ثم وكلـه في عتقه][1] .

مسألة: (**ولو قال: أعتقه والثمن عليّ كان الثمن عليه والولاء للمعتق**) .

إنما كان الثمن عليه ؛ لأنه جعل لـه جعـلاً على إعتـاق عبـده . فلزمه ذلـك بالعمل ؛ كما لو قال: من بنى لي هذا الحائط فله دينار فبناه إنسان استحق الدينار . والولاء للمعتق ؛ لأنه لم يأمره بإعتاقه عنه ولا قصد به المعتـق ذلـك فلـم يوجـد مـا يقتضي صرفه إليه فيبقى للمعتق عملاً بقوله عليه السلام: «الولاء للمعتق»[2] .

مسألة: (**ومن أعتق عبداً له أولاد مـن مـولاة لقـوم جـرّ المعتـق العبـد ولاء أولاده**) .

أما الرجل إذا أعتق أمته وتزوجت عبداً فأولدهـا فولدهـا منـه أحـرار وعليهـم الولاء لمولى أمهم يعقل عنهم ويرثهم إذا ماتوا ؛ لكونـه سـبب الإنعـام عليهـم بعتـق أمهم فصاروا لذلك أحراراً فإن أعتق العبد سيده ثبت له عليه الولاء وجر إليـه ولاء أولاده عن مولى أمهم ؛ لأن الأب لما كان مملوكاً لم يكن يصلح وارثـاً ولا وليـاً في نكاح فكان ابنه كولد الملاعنة ينقطع نسبه عن أبيه فثبت الولاء لمولى أمه وانتسـب إليها فإذا عتق العبد صلح الانتساب إليه وعاد وارثاً عاقلاً ولياً فعـادت النسـبة إليـه وإلى مواليه بمنزلة ما لو استلحق الملاعن ولده . هذا قول جمهور الصحابة والفقهاء ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي ؛ لأن الانتساب إلى الأب ، فكذلك الولاء ، ولذلك لو كانا حرين كان ولاء ولدهما لمولى أبيه ، فلما كان مملوكاً كان الولاء لمولى الأم ضرورة ، فإذا عتق العبد الأب زالت الضرورة فعادت النسبة إليـه ، والولاء إلى مواليه .

فصل

ولا ينجر الولاء إلا بشروط ثلاثة:

---

(١) زيادة من المغني ٧: ٢٥٢.

(٢) سبق تخريجه ص: ٢٨٣.

أحدها: أن يكون الأب عبداً حين الولادة ، فإن كان حراً وزوجته مولاة لم يخل ، إما أن يكون حر الأصل فلا ولاء على ولده بحال ، وإن كان مولى ثبت الولاء على ولده لمواليه ابتداء ، ولا جر فيه .

الثاني: أن تكون الأم مولاة ، فإن لم تكن كذلك لم يخل ، إما أن تكون حرة الأصل ، فلا ولاء على ولدها بحال ، وهم أحرار بحريتها ، أو تكون أمة فيكون ولدها رقيقاً لسيدها فإن أعتقهم فولاؤهم له لا ينجر عنه بحال ، سواء أعتقهم بعد ولادتهم أو أعتق أمهم حاملاً بهم فعتقوا بعتقها ؛ لأن الولاء ثبت بالعتق مباشرة ، فلا ينجر عن المعتق ؛ لقوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق»[1] .

الثالث: أن يعتق العبد سيده ، فإن مات على الرق لم ينجر الولاء بحال ، وهذا لا خلاف فيه ، فإن اختلف سيد العبد ومولى الأم في الأب بعد موته ، فقال سيده: مات حراً بعد جر الولاء وأنكر ذلك مولى الأم ، فالقول قول مولى الأم . ذكره أبو بكر ؛ لأن الأصل بقاء الرق ، وهذا مذهب الشافعي . وا لله أعلم .

(١) سبق تخريجه ص: ٢٨٣.

باب ميراث الولاء

يعني: الميراث بالولاء، وأضاف الميراث إليه ؛ لأنه سببه ، كما يقال: دية الخطأ ودية العمد. وإنما قلنا ذلك ؛ لأن الولاء لا يورث وإنما يورث به ، وهذا قول الجمهور. روي ذلك عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود وابن عمر وأسامة بن زيد وأبي مسعود البدري وأبي بن كعب ، وبه قال مالك والشافعي وأهل العراق ، وجعل شريح الولاء موروثاً كالمال ، وعن أحمد مثله .

والأول أصح ؛ لقول النبي ﷺ : «إنما الولاء لمن أعتق»[1] ، وقوله: «الولاء لحمة كلحمة النسب»[2] ، والنسب يورث به ولا يورث فكذلك الولاء .

ولأن الولاء إنما يحصل بإنعام السيد على المعتق. وهذا المعنى لا ينتقل عن المعتق فكذلك الولاء .

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (**ولا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن ، أو كاتبن أو كاتب من كاتبن . وقد روي عن أبي عبد الله رضي الله رواية أخرى في بنت المعتق خاصة ؛ لما روي عن النبي ﷺ : «أنه ورّث بنت حمزة من الذي أعتقه حمزة»**[3]) .

قوله: ولا يرث النساء من الولاء أي: بالولاء ؛ لما قدمنا من أن الولاء لا يورث . ولهذا قال: إلا ما أعتقن ، ومعتقهن ولاؤه لهن فكيف يرثنه ؟

والظاهر من المذهب: أن النساء لا يرثن بالولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو جر الولاء إليهن من أعتقن والكتابة كذلك فإنها إعتاق .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢٨٣.

(٢) سبق تخريجه ص: ٣١٤.

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (١٧٤) ١: ٧٣ كتاب الفرائض، باب ميراث المولى مع الورثة.

قال القاضي: ظاهر كلام أحمد والرواية التي ذكرها الخرقي في ابنة المعتق ما وجدتهَا منصوصة عنه . وقد قال في رواية ابن القاسم وقد سأله هل كان المولى لحمزة أو لابنته؟ فقال لابنته: فقد نص على أن ابنة حمزة ورثت بولاء نفسها ؛ لأنها هي المعتقة ، وهذا قول الجمهور ، وهو قول من سمينا في أول الباب من الصحابة ، وهو الصحيح لإجماع الصحابة ومن بعدهم عليه .

ولأن الولاء لحمة كلحمة النسب والمولى ؛ كالنسب من الأخ والعم ونحوها فولده من العتيق بمنزلة ولد أخيه وعمه ولا يرث منهم إلا الذكور خاصة .

وأما رواية الخرقي في بنت المعتق فوجهها ؛ ما روي عن جابر بن زيد عن ابن عباس «أن مولى لحمزة توفي وترك ابنته وابنة حمزة فأعطى النبي ﷺ ابنته النصف ولبنت حمزة النصف»[1] رواه الدارقطني .

واحتج أحمد بهذا الخبر في رواية أبي طالب وذهب إليه .

قال صاحب المغني: والصحيح أن المولى كان لبنت حمزة .

قال عبد الله بن شداد: «كان لبنت حمزة مولى أعتقته فمات وترك ابنته ومولاته بنت حمزة فرفع ذلك إلى رسول الله ﷺ فأعطى ابنته النصف وأعطى مولاته بنت حمزة النصف . قال عبد الله بن شداد: أنا أعلم بها ؛ لأنها أختي من أمي ، أمنا سلمى»[2] رواه ابن ماجة ، ورواه ابن اللبان بإسناده وقال: هذا أصح مما روى إبراهيم .

ولأن البنت من النساء فلا ترث بالولاء كسائر النساء ، ولا يرث من أقارب المعتق ذو فرض منفرد ؛ كالأخ من الأم والزوج ؛ لأن الولاء للعصبات وليس هؤلاء عصبات فحكمهم حكم النساء .

مسألة: **(والولاء لأقرب عصبة المعتق)** .

أما المولى العتيق إذا لم يخلف من نسبه من يرث ماله كان ماله لمولاه على ما أسلفناه فإن كان مولاه ميتاً فهو لأقرب عصبته ، سواء كان ولداً أو أباً أو أخاً أو

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٥١) ٤: ٨٣ كتاب الفرائض.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧٣٤) ٢: ٩١٣ كتاب الفرائض ، باب ميراث الولاء. مختصر.

عماً أو ابن عم أو عم أب ، وسواء كان المعتق ذكراً أو أنثى ، فإن لم يكن له عصبة من نسبه كان الميراث لمولاه ، ثم لعصباته الأقرب فالأقرب ، ثم لمولاه وكذلك أبداً . روي هذا عن عمر ، وبه قال أبو حنيفة وصاحباه ومالك والشافعي .

وقد روي عن علي ما يدل على أن مذهبه في امرأة ماتت وخلفت ابنها وأخاها أو ابن أخيها أن ميراث مواليها لأخيها وابن أخيها دون ابنها ، وروي عنه الرجوع إلى مثل قول الجماعة .

إذا ثبت هذا فإن المعتقة إذا ماتت وخلفت ابنها وأخاها وابن أخيها ثم مات مولاها فميراثه لابنها وإن مات ابنها بعدها وقبل مولاها وترك عصبة ؛ كأعمامه وبني أعمامه ثم مات العبد وترك أخا مولاته وعصبة ابنها فميراثه لأخي مولاته ؛ لأنه أقرب عصبة المعتق فإن المرأة لو كانت هي الميتة لورثها أخوها وعصبتها . فإن انقرض عصبتها كان بيت المال أحق به من عصبة ابنها . روي نحو هذا عن علي ، وهو قول مالك والشافعي وأهل العراق .

وعن علي رواية أخرى: أنه لعصبة الابن ، وروي نحو ذلك عن عمر وابن عباس . وهذا يرجع إلى أن الولاء لا يورث كما يورث المال . وعن أحمد نحوه ، واحتجوا بأن عمرو بن شعيب روى عن أبيه عن جده «أن رئاب بن حذيفة تزوج امرأة فولدت له ثلاثة غلمة فماتت أمهم فورثوا عنها ولاء مواليها وكان عمرو بن العاص عصبة بنيها فأخرجهم إلى الشام فماتوا . وقدم عمرو بن العاص ومات مولاها وترك مالاً فخاصمه إخوتها إلى عمر فقال: قال رسول الله ﷺ: ما أحرز الوالد والولد فهو لعصبته من كان ، قال: وكتب له كتاباً فيه شهادة عبد الرحمن بن عوف وزيد بن ثابت ورجل آخر قال: فنحن فيه إلى الساعة»[1] رواه أبو داود وابن ماجة في سننهما .

والصحيح الأول ، فإن الولاء لا يورث على ما ذكرنا من قبل وإنما يورث به وهو باق للمعتق يرث به أقرب عصباته ، ومن لم يكن من عصباته لم يرث شيئاً

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٩١٧) ٣: ١٢٧ كتاب الفرائض ، باب في الولاء.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧٣٢) ٢: ٩١٢ كتاب الفرائض ، باب ميراث الولاء.

وعصبات الابن غير عصبات أمه فلا يرث الأجانب منها بولائها دون عصباتها ، وحديث عمرو بن شعيب غلط .

قال حميد: الناس يغلّطون عمرو بن شعيب في هذا الحديث .

فعلى هذا لا يرث المولى العتيق من أقارب معتقه إلا عصباته الأقرب منهم فالأقرب على ما ذكرنا في ترتيب العصبات ، ولا يرث ذو فرض بفرضه ولا ذو رحم ، فإن اجتمع لرجل منهم فرض وتعصيب ؛ كالأب والجد والزوج والأخ من الأم إذا كانا ابني عم ورث بما فيه من التعصيب ولم يرث بفرضه شيئاً وإن كان عصبات في درجة واحدة ؛ كالبنين وبنيهم والإخوة وبنيهم والأعمام وبنيهم اقتسموا الميراث بينهم بالسوية . وهذا كله لا خلاف فيه سوى ما ذكرنا من الأقوال الشاذة .

مسألة: (**وإذا مات المعتق وخلّف ابن معتقه وأبا معتقه فلأبي معتقه السدس وما بقي فللابن**) .

نص أحد على هذا في رواية جماعة من أصحابه ، وكذلك قال في جد المعتق وابنه ، وهذا قول أبي يوسف ، ويحتمل عندي أن يكون المال للابن . روي هذا عن زيد بن ثابت وهو قول أبي حنيفة ومحمد ومالك والشافعي وأكثر الفقهاء ؛ لأن الابن أقرب العصبة والأب والجد يرثان معه بالفرض ولا يرث بالولاء ذو فرض بحال .

ووجه قول الخرقي: أنه عصبة وارث فاستحق من الولاء ؛ كالأخوين . ولا نسلم أن الابن أقرب من الأب بل هما في القرب سواء ، وكلاهما عصبة لا يسقط أحدهما صاحبه ، وإنما هما يتفاضلان في الميراث فكذلك في الإرث بالولاء ، ولذلك يقدم الأب على الابن في الولاية والصلاة على الميت وغيرهما .

مسألة: (**وإن خلّف أخا معتقه وجد معتقه فالولاء بينهما نصفين**) .

وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد ؛ لأنهما عصبتان يرثان المال نصفين . فكان الولاء بينهما نصفين ؛ كالأخوين .

مسألة: **(وإذا هلك رجل عن ابنين ومولى فمات أحد الابنين بعده عن ابن ثم مات المولى فالولاء لابن معتقه ؛ لأن الولاء للكبر . ولو هلك الابنان بعده وقبل مولاه وخلّف أحد الابنين ابناً وخلّف الآخر تسعة كان الولاء بينهم على عددهم ، لكل واحد منهم عشرة)** .

هذا قول أكثر أهل العلم .

قال الإمام أحمد: روي هذا عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود ، وروي ذلك عن ابن عمر وأبي بن كعب وأبي مسعود البدري وأسامة بن زيد ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وكلهم قالوا: الولاء للكبر . وتفسيره: أنه يرث المولى المعتق من عصبات سيده أقربهم إليه وأولاهم بميراثه يوم موت العبد .

وإذا مات السيد قبل مولاه لم ينتقل الولاء إلى عصبته ؛ لأن الولاء كالنسب لا ينتقل ولا يورث وإنما يورث به فهو باق للمعتق أبداً لا يزول عنه ، بدليل قوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق»[1] ، وقوله: «الولاء لحمة كلحمة النسب»[2] . وإنما يرث عصبة السيد مال مولاه بولاء معتقه لا نفس الولاء ، ويتضح معنى هذا القول بمسألتي الخرقي اللتين ذكرناهما هاهنا وهما: إذا مات رجل عن ابنين ومولى فمات أحد الابنين بعده عن ابن ثم مات المولى ورثه ابن معتقه دون ابن ابن معتقه ؛ لأن ابن المعتق أقرب عصبة سيده . ولو مات السيد وخلّف ابنه وابن ابنه لكان ميراثه لابنه دون ابن ابنه فكذلك إذا مات المولى . والمسألة الأخرى: إذا هلك الابنان بعده وقبل مولاه وخلف أحدهما ابناً والآخر تسعة ثم مات المولى كان ميراثه بينهم على عددهم لكل واحد منهم عشره ؛ لأن السيد لو مات كان ميراثه بينهم كذلك فكذلك ميراث مولاه ، ولو كان الولاء موروثاً لانعكس الحكم في المسألتين ، وكان الميراث في المسألة الأولى بين الابن وابن الابن ؛ لأن الابنين ورثا الولاء عن أبيهما ثم ما صار للابن الذي مات انتقل إلى ابنه فصار ميراث المولى بينه

(١) سبق تخريجه ص: ٢٨٣.

(٢) سبق تخريجه ص: ٣١٤.

وبين عمه نصفين . وفي المسألة الثانية يصير لابن الابن المنفرد نصف الولاء بميراثه على أبيه ، ولبني الابن الآخر النصف بينهم على عددهم .

مسألة: **(ومن أعتق عبداً فولاؤه لابنه وعقله على عصبته)** .

هذه المسألة محمولة على أن المعتق لم يخلف عصبة من نسبه ولا وارثاً منهم ، إذ لو خلف وارثاً من نسبه أو عصبة كانوا أحق بميراثه وعقله من عصبة مولاه وولده فليس في ذلك إشكال . وإذا لم يخلف إلا ابن مولاه وعصبة مولاه فماله لابن مولاه ؛ لأنه أقرب عصبات المعتق وعقله إن جنى جناية على عصبة مولاه إن كان المعتق امرأة ؛ لما روى إبراهيم النخعي قال: «اختصم علي والزبير في مولى صفية فقال علي: مولى عمتي وأنا أعقل عنه . وقال الزبير: مولى أمي وأنا أرثه فقضى عمر للزبير بالميراث وقضى على علي بالعقل»[1] ، ذكر هذا الإمام أحمد ، ورواه سعيد في سننه ، وهي قصة مشهورة .

ولا يمتنع كون العقل على العصبة والميراث لغيرهم كما قضى النبي ﷺ بميراث التي قتلت هي وجنينها لبنيها وعقلها على العصبة .

وإنما حملنا مسألة الخرقي: على ما إذا كان المعتق امرأة ؛ لأن الخبر الذي رويناه إنما ورد فيها ؛ لأن المرأة لا تعقل وابنها ليس من عشيرتها . أما الرجل المعتق فإنه يعقل عن معتقه ؛ لأنه عصبة من أهل العقل ويعقل ابنه وأبوه ؛ لأنهما من عصباته وعشيرته فلا يلحق ابنه في نفي العقل عنه بابن المرأة . والله تعالى أعلم[2] .

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٧٤) ١: ٩٤ كتاب الفرائض ، باب الرجل يعتق فيموت ويترك ورثة ثم يموت المعتق .

(٢) جاء في آخر الجزء الأول من الأصل ما يلي: آخر المجلد الأول وهو كتاب الواضح من شرح الخرقي ويتلوه في الثاني من كتاب الوديعة إن شاء الله تعالى. ووافق الفراغ منه على يد صاحبه محمد بن علي بن محمد بن أبي أحمد بن علي الطبري الجلابي عشية الأربعاء ثالث عشر ذي القعدة المبارك سنة اثنتي وثمانين وستمائة بالمدرسة المستنصرية ببغداد حماها الله تعالى نفع الله به وصلواته على سيدنا محمد النبي وعلى آله وصحبه وسلم تسليما.

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين وعليه نتوكل.

كتاب الوديعة

والأصل فيها الكتاب والسنة والاجماع: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾ [النساء:٥٨]، وقوله: ﴿فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي ائتمن أمانته﴾ [البقرة:٢٨٣].

وأما السنة فقول النبي ﷺ: «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك»[1].

وأما الإجماع فأجمع علماء كل عصرعلى جواز الإيداع والاستيداع والعبرة تقتضيها، فإن بالناس إليها حاجة فإنه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم ويحتاجون إلى من يحفظها لهم، والوديعة من ودع الشيء إذا تركه أي: هي متروكة عند المودع واشتقاقها من السكون يقال ودع يدع فكأنها ساكنة عند المودَع مستقرة.

وقيل: هي مشتقة من الخفض والدعة فكأنها في دعة عند المودع، وقبولها مستحب لمن يعلم من نفسه الأمانة لأن فيها حفظ وقضاء حاجة أخيه المؤمن ومعاونته.

وهي عقد جائز من الطرفين، متى أراد المودع أخذ وديعته لزم المستودع ردها على صاحبها لقوله تعالى: ﴿إنّ الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾ [النساء:٥٨].

---

١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٣٥) ٣: ٢٩٠ كتاب الإجارة، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٦٤) ٣: ٥٦٤ كتاب البيوع، باب.

فإن أراد المستودَع ردها على صاحبها لزمه قبوله؛ لأن المستودع متبرع بإمساكها فلا يلزمه التبرع في المستقبل.

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (**وليس على مودع ضمان إذا لم يتعدّ**).

ومعناه: أن الوديعة أمانة، فإذا تلفت بغيرتفريط من المودع فليس عليه ضمان، سواء ذهب معها شيء من مال المودع أو لم يذهب. هذا قول أكثر أهل العلم.

روي ذلك عن أبي بكر وعلي وابن مسعود، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي.

وعن أحمد رواية أخرى: إن ذهبت الوديعة من بين ماله غرمها، لما روي عن عمر بن الخطاب «أنه ضمّن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله»[1].

قال القاضي: والأولى أصح؛ لأن الله سماها أمانة، والضمان ينافي الأمانة، روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن النبي ﷺ قال: «ليس على المستودَع ضمان»[2].

ولأن المستودع مؤتمن فلا يضمن ماتلف من غير تعديه وتفريطه، كالذي ذهب مع ماله.

ولأن المستودع إنما يحفظها لصاحبها متبرعاً من غير نفع يرجع عليه، فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قبول الودائع، وذلك مضر لما بيناه من الحاجة إليها.

وما روي عن عمر محمول على التفريط من أنس في حفظها فلا ينافي ما ذكرناه.

وأما إن تعدى المستودع فيها أو فرط في حفظها فتلفت ضمن بغير خلاف نعلمه؛ لأنه متلفٌ لمال غيره. فضمنه؛ كما لوأتلفه من غير استيداع.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٤٧٩٩) ٨: ١٨٢ كتاب البيوع، باب الوديعة.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٨٩ كتاب الوديعة، باب لا ضمان على مؤتمن.

(٢) أخرجه البيهقي في الموضع السابق.

مسألة : **(فإن خلطها بماله وهي لاتتميز ، أولم يحفظها كما يحفظ ماله ، أوأودعها غيره فهو ضامن)** .

هذه المسألة تشتمل على أحكام :

الأول : أن المستودع إذا خلط الوديعة بما لاتتميز منه من ماله أو مال غيره ضمنها سواء خلطها بمثلها أو دونها أو أجود من جنسها أو غير جنسها مثل أن يخلط دراهم بدراهم ، أو دهناً بدهن كالزيت أو السمن بجنسه . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ؛ لأنه خلطها بماله خلطاً لايتميز فوجب أن يضمنها ، كما لو خلطها بدونها .

ولأنه إذا خلطها بما لا يتميز فقد فوت على نفسه إمكان ردها . فلزمه ضمانها ؛ كما لو ألقاها في لجة بحر ، وإن أمره صاحبها بخلطها بماله أو بغيره ففعل فلا ضمان عليه ؛ لأنه فعل ما أمر به فكان نائباً عن المالك .

الحكم الثاني : إذا لم يحفظها كما يحفظ ماله وهو ألا يحرزها بحرز مثلها فإنه يضمنها ، وحرز مثلها نذكره إن شاء الله ، وهذا إذا لم يعين له المودع ما يحفظها فيه فإن عين له لزم حفظها فيما أمر به ، سواء كان حرز مثلها أو لم يكن ، وإن أحرزها بمثله أو أعلى منه لم يضمنها ، ويتخرج أن يضمنها إذا فعل ذلك من غير حاجة .

الحكم الثالث : إذا أودعها غيره ، وله صورتان :

إحداهما : أن يودعها غيره لغير عذر فعليه الضمان بغير خلاف في المذهب ، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي ؛ لأنه خالف المودع . فضمنها ؛ كما لو نهاه عن إيداعها . وهذا صحيح فإنه أمره بحفظها بنفسه ولم يرض لها غيره .

إذا ثبت هذا فإن له تضمين الأول وليس للأول الرجوع على الثاني ؛ لأنه دخل معه في العقد على أنه أمين له لاضمان عليه ، وإن أحب المالك تضمين الثاني فذكر القاضي أنه ليس له تضمينه في ظاهر كلام أحمد ؛ لأنه ذكر الضمان على الأول فقط ، وهذا مذهب أبي حنيفة ؛ لأنه قبض قبضاً

موجباً للضمان على الأول فلم يوجب ضماناً آخر ، وفارق القبض من الغاصب فإنه لم يوجب الضمان على الغاصب إنما لزمه الضمان بالغصب .

قال صاحب المغني : ويحتمل أن له تضمين الثاني أيضاً ؛ لأنه قبض مال غيره على وجه لم يكن له قبضه ولم يأذن له مالكه فضمنه كالقابض من الغاصب . وهذا مذهب الشافعي .

وذكر أحمد أن الضمان على الأول لا ينفي الضمان على الثاني كما أن الضمان يلزم الغاصب ولا ينفي وجوبه على القابض منه .

فعلى هذا يستقر الضمان على الأول فإن ضمنه لم يرجع على أحد ، وإن ضمن الثاني رجع على الأول . وهذا القول أشبه بالصواب ، وما ذكرنا للقول الأول لا أصل له ، ثم هو منتقض بما إذا دفع الوديعة إلى من جرت عادته بحفظ ماله من أهله كامرأته وغلامه لم يضمن ، نص عليه أحمد وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنه حفظها بما يحفظ به ماله من أهله فأشبه ما لو حفظها بنفسها . وكما لو دفع الماشية إلى الراعي أو دفع البهيمة إلى غلامه ليسقيها .

الصورة الثانية : إذا كان له عذر مثل إن أراد سفراً أو خاف عليها عند نفسه من حرق أوغرق أو غيره فهذا إن قدر على ردها على صاحبها أو وكيله في قبضها لم يجز له دفعها إلى غيره ، فإن فعل ضمنها ؛ لأنه دفعها إلى غير مالكها بغير إذن من غير عذر فضمنها ، كما لو أودعها في الصورة الأولى .

وإن لم يقدر على صاحبها ولا وكيله فله دفعها إلى الحاكم ، سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن ؛ لأنه متبرع بإمساكها فلا يلزمه استدامته ، والحاكم يقوم مقام صاحبهاعند غيبته ، وإن أودعها مع قدرته على الحاكم ضمنها ؛ لأن غير الحاكم لاولاية له .

قال صاحب المغني : ويحتمل أن يجوز له إيداعها ؛ لأنه قد يكون أحفظ لها وأحب إلى صاحبها . وإن لم يقدر على الحاكم فأودعها ثقة لم يضمنها ؛ لأنه موضع حاجة . وإن دفنها في موضع وأعلم بها ثقة يده على الموضع وكانت مما لا يضرها الدفن فهو كإيداعها عنده ، وإن لم يعلم بها أحداً ضمنها ؛ لأنه فرط في

حفظها فإنه لا يأمن أن يموت في سفره فلا تصل إلى صاحبها وربما نسي مكانها أو أصابه آفة من هدم أو حرق أو غرق فتضيع . وإن أعلم بها غير ثقة ضمنها ؛ لأنه ربما أخذها ، وإن أعلم بها ثقة لا يدله على المكان فقد فرط ؛ لأنه لم يودعها إياه ولا يقدر على الاحتفاظ بها .

فصل

وإن أراد السفر بها وقد نهاه المالك عن ذلك ضمنها ؛ لأنه مخالف لصاحبها وإن لم يكن نهاه لكن الطريق مخوف أو البلد الذي يسافر إليه مخوف ضمنها ؛ لأنه فرط في حفظها ، وإن لم يكن كذلك فله السفر بها . نص عليه أحمد سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن ، وبهذا قال أبو حنيفة ؛ لأنه نقلها إلى موضع مأمون فلم يضمنها ؛ كما لو نقلها في البلد .

ولأنه سافر بها سفراً غير مخوف . أشبه ما لو لم يجد أحداً يتركها عنده .

ويقوى عندي: أنه متى سافر بها مع القدرة على مالكها أو نائبه بغير إذنه فهو مفرط عليه الضمان ؛ لأنه يفوّت على صاحبها إمكان استرجاعها ويخاطر بها ، فإن النبي ﷺ قال: «إن المسافر وماله لعلى قَلَتٍ إلا ما وقى الله تعالى» . أي: على هلاك . ولا يلزم من الإذن في إمساكها على وجه لا يتضمن هذا الخطر ولا يفوّت إمكان ردها على صاحبها الإذن فيما يتضمن ذلك أما مع غيبة المالك ووكيله فله السفر بها إذا كان أحفظ لها ؛ لأنه موضع حاجة فيختار فعل ما فيه الحظ .

فرع:

وإن حضره الموت فحكمه حكم السفر على ما مضى من أحكامه إلا في أخذها معه ؛ لأن كل واحد منهما سبب لخروج الوديعة عن يده .

مسألة : **(وإن كانت غلة فخلطها في صحاح أو صحاحاً فخلطها في غلة فلا ضمان عليه)** .

يعني بالغلة المكسّرة إذا خلطها بصحاح من ماله أو خلط الصحاح بالمكسرة لم يضمنها ؛ لأنها تتميز منها فلا يعجز بذلك عن ردها على صاحبها فلم يضمنها كما لو تركها في صندوق وفيه أكياس له . وبهذا قال مالك والشافعي ، وكذلك الحكم إذا خلط دراهم بدنانير ، أو بيضاً بسود .

وحكي عن أحمد فيمن خلط دراهم أيضاً بيضاً بسود يضمنها ولعله قال ذلك لكونها تكتسب منها سواداً أو يتغير لونها فتنقص قيمتها فإن لم يكن فيها ضرر فلا ضمان عليه .

مسألة : (**وإذا أمره أن يجعلها في منزله فأخرجها عن المنزل لغشيان نار أو سيل أو شيء الغالب منه التوا فلا ضمان عليه**) .

أما رب الوديعة إذا أمر المستودع بحفظها في مكان عينه فحفظها فيه و لم يخش عليها فلا ضمان عليه بغير خلاف ؛ لأنه ممتثل أمره غير مفرط في ماله وإن خاف عليها سيلاً أو توى -يعني هلاكاً- فأخرجها منه إلى مثل حرزها فتلفت فلا ضمان عليه بغير خلاف أيضاً ؛ لأن نقلها في هذه الحال تعين حفظاً لها وهو مأمور بحفظها ، وإن تركها مع الخوف فتلفت ضمنها ، سواء تلفت بالأمر المخوف أو غيره ؛ لأنه فرط في حفظها ؛ لأن حفظها نقلها وتركها تضييع لها وإن لم يخف عليها فنقلها عن الحرز إلى دونه ضمنها ؛ لأنه خالفه في الحفظ المأمور به وإن نقلها إلى دونه عند الخوف عليها نظرنا فإن أمكنه إحرازها بمثله أو أعلى منه ضمنها أيضاً لتفريطه وإن لم يمكنه إحرازها إلا بما دونه لم يضمنها ؛ لأن إحرازها بذلك أحفظ لها من تركها وليس في وسعه سواه وإن نقلها إلى مثل ذلك الحرز لغير عذر فقال القاضي: لا يضمنها وهو مذهب الشافعي ؛ لأن تقييده بهذا الحرز يقتضي ما هو مثله ؛ كمن اكترى أرضاً لزرع حنطة فله زرعها وزرع مثلها في الضرر ويحتمل كلام الخرقي لزوم الضمان ؛ لأن الأمر بشيء يقتضي تعيينه فلا يعدل عنه إلا بدليل وإن نقلها إلى أحرز منه كان حكمه حكم ما لو أخرجها إلى مثله فإن نهاه عن إخراجها من ذلك المكان فالحكم فيه كما لو أمره بتركها فيه و لم ينهه عن إخراجها منه إلا في أنه إذا خاف عليها فلم يخرجها حتى تلفت ففيه وجهان :

أحدهما : يضمن ؛ لما ذكرنا في التي قبلها .

والثاني : لا يضمن ؛ لأنه ممتثل لقول صاحبها وفي أنه إذا أخرجها لغير عذر ضمنها سواء أخرجها إلى مثله أو دونه أو فوقه ؛ لأنه خالف صاحبها لغير فائدة وهذا ظاهر كلام الشافعي ؛ لأنه خالف صاحبها بما لا مصلحة فيه فيضمن ؛ كما لو نقلها من دار إلى دار .

مسألة: **(وإذا أودعه شيئاً ثم سأله دفعه إليه في وقت أمكنه ذلك فلم يفعل حتى تلف فهو ضامن)** .

لا خلاف في وجوب رد الوديعة على مالكها إذا طلبها وأمكن أداؤها إليه بغير ضرر ، وقد أمر الله بذلك فقال: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾ [النساء :٥٨] وأمر به رسول الله ﷺ فقال: «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك»[١] يعني عند طلبها .

ولأنها حق لمالكها لم يتعلق به حق غيره ، فلزم أداؤها إليه ؛ كالمغصوب والدين الحال . فإن امتنع من دفعها في هذه الحال فتلفت ضمنها ؛ لأنه صار غاصباً لكونه أمسك مال غيره بغير إذنه بفعل محرم فأشبه الغاصب . وأما إن طلبها في وقت لا يمكن دفعها إليه لبعدها أو لمخافة في طريق أو للعجز عن حملها أو غير ذلك لم يكن متعدياً بترك تسليمها ؛ لأن الله تعالى[٢] لا يكلف نفساً إلا وسعها وإن تلفت لم يضمنها لعدم عدوانه . وإن قال: أمهلني حتى أقضي صلاتي أو آكل فإني جائع أو أنام فإني ناعس أو ينهضم عني الطعام فإني ممتلٍ أمهل بقدر ذلك .

فصل

وليس على المستودع ضمان لرد حملها إلى ربها إذا كانت مما لحمله مؤنة قلّت المؤونة أو كثرت ؛ لأنه قبض العين لمنفعة مالكها على الخصوص فلم تلزمه الغرامة عليها ؛ كما لو وكله في حفظها في ملك صاحبها وإنما عليه التمكين من

(١) سبق تخريجه ص: ٢٥٦.
(٢) في الأصل زيادة: قال.

أخذها وإن سافر بها بغير إذن ربها فعليه ردها إلى بلدها ؛ لأنه بعّدها بغير إذن ربها . فلزمه ردها ؛ كالغاصب .

مسألة : **(وإن مات وعنده وديعة لا تتميز من ماله فصاحبها غريم بها)** .

أما الرجل إذا مات وثبت أن عنده وديعة لم توجد بعينها فهي دين عليه تغرم من تركته ، فإن كان عليه دين سواها فهي والدين سواء ، فإن وفت تركته بهما وإلا اقتسماها بالحصص . وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي ؛ لأنهما حقان وجبا في ذمته فتساويا كالدينين ، وسواء وجد في تركته من جنس الوديعة أو لم يوجد ، وهذا إذا أقر المودع أن عندي وديعة أو عليّ وديعة لفلان أو ثبت ببينة أنه مات وعنده وديعة ، فأما إن كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم هل هي باقية عنده أو تلفت ؟ ففيه وجهان:

أحدهما : وجوب ضمانها ؛ لأن الوديعة يجب ردها إلا أن يثبت سقوط الرد بالتلف من غير تعد ولم يثبت ذلك .

ولأن الجهل بعينها كالجهل بها وذلك لا يسقط الرد .

والثاني : لا ضمان عليه ؛ لأن الوديعة أمانة والأصل عدم إتلافها والتعدي فيها فلم يجب ضمانها ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . والأول ظاهر المذهب ؛ لأن الأصل وجوب الرد فيبقى عليه ما لم يوجد ما يزيله .

فصل

وإن مات وعنده وديعة معلومة بعينها فعلى ورثته تمكين صاحبها من أخذها ، فإن لم يعلم بموت صاحبها وجب عليهم إعلامه بها وليس لهم إمساكها قبل أن يعلم بها ربها ؛ لأنه لم يأمنهم عليها وإنما حصل مال غيرهم في أيديهم بمنزلة من أطارت الريح إلى منزله ثوباً وعلم به فعليه إعلام صاحبه فإن أخّر ذلك مع الإمكان ضمن كذا هاهنا .

ولا تثبت الوديعة إلا بإقرار من الميت أو ورثته أو ببينة تشهد بها وإن وجد عليها مكتوب وديعة لم يكن حجة عليهم لجواز أن يكون الظرف كانت فيه وديعة

قبل هذا أو كان وديعة لموروثهم عند غيره أو كانت وديعة فابتاعها وكذلك لو وجد في رزمانج أبيه أن لفلان عندي وديعة لم يلزمه بذلك لجواز أن يكون قد ردها ونسي الضرب على ما كتب أو غير ذلك.

مسألة: (**ولو طالبه بالوديعة فقال: ما أودعتني ثم قال: ضاعت من حرز كان ضامناً؛ لأنه خرج من حال الأمانة. ولو قال: مالك عندي شيء ثم قال: ضاعت من حرز كان القول قوله ولا ضمان عليه**).

أما إذا ادعى على رجل وديعة فقال: ما أودعتني ثم ثبت أنه أودعه فقال: ما أودعتني وهلكت من حرزي لم يقبل قوله ولزمه ضمانها، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي؛ لأنه مكذب لإنكاره الأول ومعترف على نفسه بالكذب المنافي للأمانة. وإن أقر له ربها بتلفها من حرزه قبل جحده فلا ضمان عليه. وإن أقر أنها تلفت بعد جحوده لم يسقط عنه الضمان؛ لأنه خرج بالجحود عن الأمانة فصار ضامناً؛ كمن طولب بالوديعة فامتنع من ردها وإن أقام البينة بتلفها بعد الجحود لم يسقط عنه الضمان لذلك وإن شهدت بتلفها قبل الجحود من الحرز فهل تسمع بينته؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا تسمع؛ لأنه مكذب لها بإنكاره الإيداع.

والثاني: تسمع بينته؛ لأن المودع لو اعترف بذلك سقط حقه فتسمع البينة به فإن شهدت بالتلف من الحرز ولم تعين قبل الجحود ولا بعده واحتمل الأمرين لم يسقط الضمان؛ لأن الأصل وجوبه فلا ينتفي بأمر متردد. وأما إن ادعى الوديعة فقال: ما لك عندي شيء أو لا تستحق عليّ شيئاً فقامت البينة بالإيداع أو أقر به المودع ثم قال: ضاعت من حرز كان القول قوله مع يمينه ولا ضمان عليه؛ لأن قوله لا ينافي ما شهدت به البينة ولا يكذبها فإن من تلفت الوديعة من حرزه بغير تفريطه فلا شيء لمالكها عنده ولا يستحق عليه شيئاً لكن إن ادعى تلفها بعد الجحود أو أنها كانت عنده حال جحوده فعليه ضمانها؛ لأن جحوده أوجب الضمان عليه فصار كالغاصب.

فصل

والمودع أمين والقول قوله فيما يدعيه من تلف الوديعة بغير خلاف .

قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المودع إذا أحرز الوديعة ثم ذكر أنها ضاعت أن القول قوله ، وقال أكثرهم مع يمينه ، وإن ادعى ردها على صاحبها فالقول قوله مع يمينه أيضاً . وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي ؛ لأنه أمين لا منفعة له في قبضها فقبل قوله في الرد بغير بينة كما لو أودع بغير بينة .

وإن قال: دفعتها إلى فلان بأمرك فأنكر مالكها الإذن في دفعها فالقول قول المودع نص عليه أحمد ؛ لأنه ادعى دفعاً يبرأ به من الوديعة فكان القول قوله ؛ كما لو ادعى ردها على مالكها . ولو اعترف المالك بالإذن ولكن قال لم يدفعها فالقول قول المودع أيضاً ثم ننظر في المدفوع إليه فإن أقر أنه قبضه وكان الدفع في دين فقد برئ الكل وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه .

وقد ذكر أصحابنا أن الدافع يضمن لكونه قضى الدين بغير بينة ولا يجب اليمين على صاحب الوديعة ؛ لأن المودع مفرط لكونه أذن في قضاء يبرئه من الحق ولم يبرأ بدفعه فكان ضامناً ، سواء صدقه أو كذبه ، وإن أمره بدفعه وديعة لم يحتج إلى بينة ؛ لأن المودع يقبل قوله في الرد فلا فائدة في الإشهاد عليه .

فعلى هذا يحلف المودع ويبرأ ويحلف الآخر ويبرأ أيضاً ويكون ذهابها من مالكها .

وإن ادعى وارث المودع ردها هو أو موروثه لم يقبل بلا بينة ؛ لأنه ليس بأمين للمالك وإن تلفت عنده قبل إمكان الرد لم يضمن وكذا بعده لعدم التفريط وقيل يضمن إن جهلها ربها ؛ لأنه مفرط في ترك إعلام المالك وإمساكها بعد إمكان الرد بغير إذن من المالك .

مسألة: **(ولو كانت في يده وديعة فادعاها نفسان فقال: أودعني أحدهما ولا أعرفه عيناً أقرع بينهما فمن تقع له القرعة حلف أنها له وأعطي)** .

أما إذا كانت عنده وديعة فادعاها نفسان فأقر بها لأحدهما سلمت إليه ؛ لأن يده دليل ملكه فلو ادعاها لنفسه كان القول قوله فإذا أقر بها لغيره وجب أن يقبل ويلزمه أن يحلف للآخر ؛ لأنه منكر لحقه فإن حلف برئ وإن نكل لزمه أن يغرم له قيمتها ؛ لأنه فوتها عليه ، وكذلك لو أقر للثاني بعد أن أقر بها للأول سلمت إلى الأول ؛ لأنه استحقها بإقراره وغرم قيمتها للثاني نص أحمد على هذا ، وإن أقر بها لهما جميعاً فهي بينهما وتلزمه اليمين لكل واحد منهما في نصفها . وإن قال: هي لأحدهما لا أعرفه عيناً فصدقاه أنه لا يعلم عينه فلا يمين عليه ، وإن ادعيا معرفته فعليه يمين واحدة أنه لا يعلم ذلك ؛ لأن الذي يدعى عليه أمر واحد وهو العلم بعين المالك فكفاه يمين واحدة كما لو ادعياها فأقر بها لأحدهما ويفارق ما إذا أنكرهما ؛ لأن كل واحد منهما يدعي عليه أنها له فهما دعويان ، فإن حلف أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلمت إليه ؛ لأنهما تساويا في الحق فيما ليس بأيديهما فوجب أن يقرع بينهما كالعبدين إذا أعتقهما في مرضه فلم يخرج من الثلث إلا أحدهما ، أو كما لو أراد السفر بإحدى نسائه .

مسألة: (**ومن أودع شيئاً فأخذ بعضه ثم رده أو مثله فضاع الكل لزمه مقدار ما أخذ**) .

أما من أودع شيئاً فأخذ بعضه لزمه ضمان ما أخذ فإن رده أو مثله لم يبر من الضمان وبهذا قال الشافعي ؛ لأن الضمان تعلق بذمته بالأخذ بدليل أنه لو تلف في يده قبل رده ضمنه فلا يزول إلا برده إلى صاحبه كالمغصوب ، وأما باقي الوديعة فينظر فيه فإن كان في كيس مختوم أو مشدود فكسر الختم أو حل الشد ضمن ، سواء أخرج منه أو لم يخرج ؛ لأنه هتك الحرز بفعل تعدى به ، وإن خرق الكيس فوق الشد فعليه ضمان ما خرق خاصة ؛ لأنه ما هتك الحرز ، وإن لم تكن الدراهم في كيس أو كانت في كيس غير مشدود ، أو كانت ثياباً فأخذ منها واحداً ثم رده بعينه لم يضمن غيره ؛ لأنه لم يتعد في غيره وإن رد بدله وكان متميزاً لم يضمن غيره لذلك وإن لم يكن متميزاً فظاهر كلام الخرقي هاهنا: أنه لا يضمن غيره ؛ لأن التعدي اختص به فيختص الضمان به وخلط المردود بغيره لا يقتضي

الضمان ؛ لأنه يجب رده معها فلم يفوت على نفسه إمكان ردها بخلاف ما إذا خلطه بغيره .

ولو أذن له صاحب الوديعة في الأخذ منها و لم يأمره برد بدله فأخذ ثم رد بدل ما أخذ فهو كرد بدل ما لم يؤذن في أخذه .

وقال القاضي: يضمن الكل وهو قول الشافعي ؛ لأنه خلط الوديعة بما لا تتميز منها فضمن الكل كما لو خلطها بغير البدل . وقد ذكرنا فرقاً بين البدل وغيره فلا يصح القياس . وا لله أعلم .

كتاب الفيء والغنيمة والصدقة

الفيء: هو الراجع إلى المسلمين من مال الكفار بغير قتال ، يقال فاء الفيء إذا رجع نحو المشرق . والغنيمة: ما أخذ منهم قهراً بالقتال واشتقاقها من الغنم وهو الفائدة وكل واحد منهما في الحقيقة فيء وغنيمة . وإنما خص كل واحد منهما باسم ميز به عن الآخر .

والأصل فيهما قول الله تعالى: ﴿ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى . . . الآية﴾ [الحشر:٧] ، وقوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه . . . الآية﴾ [الأنفال:٤١] .

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: **(والأموال ثلاثة فيء وغنيمة وصدقة)** .

يعني: الأموال التي تليها الولاة من أموال المسلمين ثلاثة أقسام: قسمان يؤخذان من مال المشركين ، أحدهما الفيء وهو: ما أخذ من مال مشرك لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب ؛ كالذي تركوه فزعاً من المسلمين وهربوا .

والجزية: عُشر أموال أهل دار الحرب إذا دخلوا إلينا تجاراً ، ونصف عشر تجارات أهل الذمة ، وخراج الأرضين ومال من مات من المشركين ولا وارث له .

والغنيمة: ما أخذ بالقهر والقتال من الكفار .

والقسم الثالث: الصدقة ، وهو ما أخذ من مال مسلم تطهيراً له وهو الزكاة وقد ذكرناها ، يروى «أن عمر رضي الله عنه قرأ قوله تعالى: ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين –حتى بلغ-: والله عليم حكيم﴾ [التوبة:٦٠] ، ثم قال: هذه لهؤلاء ثم قرأ: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه –حتى بلغ-: وابن السبيل﴾ [الأنفال:٤١] ، ثم قال: هذه لهؤلاء ثم قرأ: ﴿ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى –حتى بلغ-: والذين جاؤا من بعدهم﴾ [الحشر:٧-١٠] ، ثم قال: هذه

استوعبت المسلمين عامة . ولئن عشت ليأتين الراعي وهو بسَرْو حمير نصيبه منها لم يعرق فيها جبينه»[1] .

مسألة: (**والفيء: ما أخذ من مال مشرك بحال ، ولم يُوجف عليه بخيل ولا ركاب ، والغنيمة ما أُوجف عليه**) .

الركاب: الإبل الخاصة والإيجاف أصله التحريك ، والمراد هاهنا الحركة في السير إليه .

قال قتادة: ﴿فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب﴾ [الحشر:٦] ما قطعتم وادياً ولا سيَّرتم إليها دابة ، إنما كانت حوائط بني النضير طعمة أطعمها الله رسول الله ﷺ .

قال أبو عبيد: الإيجاف الإيضاع يعني الإسراع ، وقال الزجاج: الوجيف دون التقريب من السير يقال: وجف الفرس وأوجفته أنا قال الله تعالى: ﴿وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب﴾ [الحشر:٦] فكل ما أُخذ من مال مشرك بغير إيجاف مثل: الأموال التي يتركونها فزعاً من المسلمين ونحو ذلك فهو فيء وما أجلب عليه المسلمون وساروا إليه وقاتلوهم عليه فهو غنيمة ، سواء أخذ عنوة أو استنزلوا أهله بأمان . فإن النبي ﷺ افتتح حصون خيبر بعضها عنوة ، وبعضها استنزل أهله بالأمان فكانت غنيمة كلها .

مسألة: (**فخُمس الفيء والغنيمة مقسوم على خمسة أسهم**) .

هذه المسألة تشمل على أربعة أحكام:

الأول: أن الفيء مخموس كما تخمس الغنيمة في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي . والرواية الثانية: لا يخمس .

قال القاضي: لم أجد بما قال الخرقي من أن الفيء مخموس نصاً فأحكيه وإنما نص على أنه غير مخموس وهذا قول عامة أهل العلم .

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣٥١ كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب ما جاء في قول أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه...
وأخرجه الشافعي في مسنده عن مالك بن أوس عن عمر (٤١٨) ٢: ١٣٠ كتاب الجهاد . نحوه .

قال ابن المنذر: ولا نحفظ عن أحد قبل الشافعي في الفيء أنه يخمس كخمس الغنيمة، وأخبار عمر تدل على ما قاله الشافعي.

ولأن الله تعالى قال: ﴿ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى -إلى قوله-: والذين جاؤا من بعدهم... الآية﴾ [الحشر:٧-١٠]، فجعله كله لهم ولم يذكر خمساً، ووجه ما نقله الخرقي قول الله تعالى: ﴿ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كيلا يكون دولة بين الأغنياء﴾ [الحشر:٧] فظاهر هذا أن جميعه لهؤلاء وهم أهل الخمس، وجاءت الأخبار عن عمر دالة على اشتراك جميع المسلمين فيه فوجب الجمع بينهما كيلا تتناقض الآية والأخبار وتتعارض، وفي إيجاب الخمس فيه جمع بينهما وتوفيق فإن خمسه للذين سمى في الآية وسائره ينصرف إلى من في الخبر كالغنيمة.

ولأنه مال مشرك مظهور عليه فوجب أن يخمس كالغنيمة والركاز.

وروى البراء بن عازب قال: «لقيت خالي ومعه الراية قلت إلى أين؟ فقال: بعثني رسول الله ﷺ إلى رجل عرس بامرأة أبيه أن أضرب عنقه وأخمس ماله»[1].

الحكم الثاني: أن الغنيمة مخموسة لا خلاف في هذا بين أهل العلم، وقد نطق به الكتاب العزيز فقال: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه﴾ [الأنفال:٤١] لكن اختلف في أشياء منها: سلب القاتل، وأكثر أهل العلم على أنه لا يخمس فإن عمر رضي الله عنه قال: «كنا لا نخمس السلب»[2]، وقول النبي

---

(١) أخرج أبو داود في سننه عن يزيد بن البراء عن أبيه قال: «لقيت عمي ومعه راية فقلت له: أين تريد؟ فقال: بعثني رسول الله ﷺ إلى رجل نكح امرأة أبيه فأمرني أن أضرب عنقه وآخذ ماله» (٤٤٥٧) ٤: ١٥٧ كتاب الحدود، باب في الرجل يزني بحريمه.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٣٣٢) ٦: ١٠٩ كتاب النكاح، نكاح ما نكح الآباء.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى عن معاوية بن قرة عن أبيه «أن النبي ﷺ بعث أباه جد معاوية إلى رجل عرس بامرأة أبيه فأمره فضرب عنقه وخمس ماله» ٨: ٢٠٨ كتاب المرتد، باب مال المرتد إذا مات أو قتل على الردة.

(٢) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٩٤٦٨) ٥: ٢٣٣ كتاب الجهاد، باب السلب والمبارزة.
وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٧٠٨) ٢: ٢٦٣ كتاب الجهاد، باب ما يخمس في النفل.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣١٠ كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب ما جاء في تخميس السلب.

ﷺ: «من قتل قتيلاً فله سلبه»[1] يقتضي أنه له كله، ولو خمس لم يكن جميعه له.

وعن أبي قتادة «أن رسول الله ﷺ نفّله سلب رجل قتله يوم حنين أو خيبر ولم يخمس»[2] رواه سعيد في سننه[3].

ومنها: إذا قال الإمام: من جاء بعشرة أرؤس فله رأس، ومن طلع الحصن فله كذا من النفل فالظاهر أن هذا غير مخموس؛ لأنه في معنى السلب.

ومنها: إذا قال الإمام: من أخذ شيئاً فهو له، وقلنا يجوز ذلك فقد قيل: لا خمس فيه؛ لأنه في معنى الذي قبله. والصحيح أن الخمس لا يسقط؛ لأنه يدخل في عموم الآية ولا يدخل في معنى السلب والنفل؛ لأن ترك خمسهما لا يسقط خمس الغنيمة بالكلية، وهذا يسقطه فلا يكون تخصيصاً بل نسخاً لحكمها، ونسخها بالقياس غير جائز إتفاقاً.

ومنها: إذا دخل قوم لا منعة لهم دار الحرب بغير إذن الإمام فقد قيل إن ما غنموا لهم من غير أن يخمس، والصحيح أنه يخمس، يدفع إليهم أربعة أخماسه لدخوله في عموم الآية وعدم دليل يوجب تخصيصه.

الحكم الثالث: أن الخمس مما يجب خمسه من الفيء، والغنيمة شيء واحد في مصرفهما وحكمهما، ولا خلاف في هذا بين القائلين بوجوب الخمس فيهما فإن القائل بوجوب الخمس في الفيء غير من قاله من أصحابنا الشافعي، وقد وافق على هذا فإنه قال: الفيء والغنيمة يجتمعان في أن فيهما الخمس لمن سماه الله تعالى يعني في سورة الأنفال في قوله: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه... الآية﴾ [الأنفال:٤١] وفي سورة الحشر في قوله: ﴿ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى... الآية﴾ [الحشر:٧] والمسمون في الآيتين شيء واحد.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٧٤٩) ٦: ٢٦٢٢ كتاب الأحكام، باب الشهادة تكون عند الحاكم في ولايته القضاء أو قبل ذلك للخصم.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٦٩٥) ٢: ٢٥٩ كتاب الجهاد، باب النفل والسلب في الغزو والجهاد.

(٣) في الأصل: متفق عليه. وما أثبتناه من المغني ٧: ٣٠٠.

الحكم الرابع: أن الخمس يقسم على خمسة أسهم. وبهذا قال الشافعي؛ لقول الله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل﴾ [الأنفال:٤١] وسهم الله والرسول واحد كذا قال عطاء والشعبي.

وقال الحسن بن محمد بن الحنفية: وتنجيزه قوله: ﴿فأن لله خمسه﴾ [الأنفال:٤١] افتتاح كلام يعني: أن ذكر الله لافتتاح الكلام باسمه تبركاً به لا لإفراده بسهم فإن لله الدنيا والآخرة. وقد روي عن ابن عمر وابن عباس قالا: «كان رسول الله ﷺ يقسم الخمس على خمسة».

مسألة: (**وسهم للرسول ﷺ مصروف في الكراع والسلاح ومصالح المسلمين**).

وهذا قول الشافعي فإنه قال: أختار أن يضعه الإمام في كل أمر خص به الإسلام وأهله من سد ثغر وإعداد كراع أو سلاح أو إعطائه أهل البلاء في الإسلام نفلاً عند الحرب وغير الحرب، وهذا نحو ما قال الخرقي، وهذا السهم كان لرسول الله من الغنيمة حضر أو لم يحضر، كما أن سهم بقية أصحاب الخمس لهم حضروا أو لم يحضروا وكان رسول الله يصنع به ما شاء، فلما توفي وليه أبو بكر و لم يسقط بموته. وقد قيل: إنما أضافه الله إلى نفسه وإلى رسوله ليعلم أن جهته جهة المصلحة وأنه ليس بمختص بالنبي ﷺ فيسقط بموته.

مسألة: (**وخمس مقسوم في صلبية بني هاشم وبني المطلب ابني عبد مناف حيث كانوا للذكر مثل حظ الأنثيين غنيم وفقيرهم فيه سواء**).

يعني بقوله: في صلبية بني هاشم أولاده دون من بَعُدَ منهم من مواليهم وحلفائهم. وهذه المسألة تشمل على أحكام:

الأول: أن سهم ذي القربى ثابت بعد موت النبي ﷺ وقد ذكرهم الله في كتابه من ذوي السهام، وثبت أن النبي عليه السلام كان يعطيهم في حديث

جبير بن مطعم[1]، ولم يأت لذلك نسخ ولا تغيير فوجب القول به والعمل بحكمه.

الحكم الثاني: أن ذا القربى هم بنو هاشم وبنو المطلب ابني عبد مناف دون غيرهم لما روى جبير بن مطعم قال: «مشيت أنا وعثمان إلى النبي ﷺ فقلنا: أعطيتَ بني المطلب من خُمْس خيبر وتركتنا، قال: إنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد. فقال جبير: ولم يَقْسِم النبي ﷺ لنبي عبد شمس ولا لبني نوفل شيئاً»[2]. رواه أحمد والبخاري.

وفي لفظ: «إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام، وإنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد. قال: ثم شبَّك بين أصابعه»[3]. رواه أحمد وأبو داود.

فرعى لهم النبي ﷺ نصرهم وموافقتهم لبني هاشم. ومن كانت أمه منهم وأبوه من غيرهم لم يستحق شيئاً؛ لأن النبي عليه السلام لم يدفع إلى أقارب أمه. وهم بنو زهرة شيئاً. وإنما دفع إلى أقارب أبيه، ولو دفع إلى أقارب أمه لدفع إلى بني زهرة، وخبر جبير يدل على أنه لم يعطهم شيئاً ولم يدفع أيضاً إلى بني عماته وهم الزبير بن العوام وعبد الله والمهاجر ابنا أبي أمية وبنو جحش.

الحكم الثالث: أنه يشترك فيه الذكر والأنثى لدخولهم في اسم القرابة واختلفت الرواية في قسمه بينهم فعن أحمد أنه يقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وهو اختيار الخرقي ومذهب الشافعي؛ لأنه سهم استحق بقرابة الأب شرعاً ففضل فيه الذكر على الأنثى كالميراث، ويفارق الوصية وميراث ولد الأم فإن الوصية استحقت بقول الموصي وميراث ولد الأم استحق بقرابة الأم. والرواية الثانية:

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٩٨٠) ٣: ١٤٦ كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذي القربى.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٩٨٩) ٤: ١٥٤٥ كتاب المغازي، باب غزوة خيبر.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٦٣٤١) طبعة إحياء التراث.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٩٨٠) ٣: ١٤٦ كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذي القربى.
وأخرجه النسائي في سننه (٤١٣٧) ٧: ١٣٠ كتاب قسم الفيء.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٦٢٩٩) طبعة إحياء التراث.

يسوى بين الذكر والأنثى ؛ لأنهم أعطوا باسم القرابة والذكر والأنثى فيها سواء فأشبه ما لو وصى فيها لقرابة فلان أو وقف عليهم ، ألا ترى أن الجد يأخذ مع الأب وابن الابن يأخذ مع الابن ؟ وهذا يدل على مخالفة المواريث .

ولأنهم سهم من خمس الخمس لجماعة فيستوي فيه الذكر والأنثى كسائر سهامه ويسوى بين الصغير والكبير على الروايتين لاستوائهم في القرابة أشبه الميراث .

الحكم الرابع: أنه يفرق بينهم حيث كانوا من الأمصار ويجب تعميمهم به حسب الإمكان وهذا قول الشافعي ؛ لأنه سهم مستحق بقرابة الأب فوجب دفعه إلى جميع المستحقين كالميراث .

فعلى هذا يبعث الإمام إلى عماله في الأقاليم وينظر كم حصل من ذلك فإن استوت فيه فرق كل خمس فيمن قاربه وإن اختلفت أمر بحمل الفضل ليدفع إلى من يستحقه كالميراث ، وفارق الصدقة حيث لا تنقل ؛ لأن كل بلد لا يكاد يخلو من صدقة تفرق على فقراء أهله والخمس يوجد في بعض الأقاليم فلو لم ينقل لأدى إلى إعطاء البعض وحرمان البعض ، والصحيح إن شاء الله أنه لا يجب التعميم ؛ لأنه يتعذر فلم يجب كتعميم المساكين ، وما ذكر من بعث الإمام عماله وسعاته فهو متعذر في زماننا ؛ لأن الإمام لم يبق له حكم إلا في قليل من بلاد الإسلام و لم يبق له جهة في الغزو ولا له فيه أمر .

ولأن هذا سهم من سهام الخمس فلم يجب تعميمه كسائر سهامه .

فعلى هذا يفرقه كل سلطان فيما أمكن من بلاده .

الحكم الخامس: أن غنيهم وفقيرهم فيه سواء وهذا قول الشافعي وقيل: لا حق فيه لغني قياساً على بقية السهام .

والأول أصح ؛ لعموم قوله تعالى: ﴿ولذي القربى﴾ [الأنفال:٤١] وهذا عام لا يجوز تخصيصه بغير دليل .

ولأن النبي ﷺ كان يُعطي أقاربه كلهم وفيهم الأغنياء كالعباس وغيره ، و لم ينقل تخصيص الفقراء منهم .

ولأنه مال مستحق بالقرابة فاستوى فيه الغني والفقير كالميراث والوصية للأقارب .

ولأن عثمان وجبيراً طلبا حقهما منه وسألا عن علة منعهما ومنع قرابتهما وهما موسران فعلله النبي ﷺ بنصرة بني المطلب دونهم وكونهم مع بني هاشم كالشيء الواحد ، ولو كان اليسار مانعاً والفقر شرطاً لم يطلبا مع عدمه ولعلل النبي ﷺ منعهما بيسارهما وانتفاء فقرهما .

مسألة: **(والخمس الثالث في اليتامى)** .

وهم الذين لا آباء لهم و لم يبلغوا الحلم فإن النبي ﷺ قال: «لا يُتْم بعد احتلام»[(١)] .

قال بعض أصحابنا: لا يستحقون إلا مع الفقر وهو المشهور من مذهب الشافعي ؛ لأن ذا الأب لا يستحق والمال أنفع من وجود الأب .

ولأنه صرف إليهم لحاجتهم فإن اسم اليتم يطلق عليهم في العرف للرحمة ومن كان إعطاؤه لذلك اعتبرت الحاجة فيه ، وفارق ذوي القربى فإنهم استحقوا لقربهم من رسول الله ﷺ تكرمة لهم ، والغني والفقير في القرب سواء فاستويا في الاستحقاق .

قال صاحب المغني: و لم أعلم هذا نصاً عن أحمد وعموم الآية يقتضي تعميمهم .

قال أصحابنا: ويفرق على الأيتام في جميع الأقطار ولا يخص به أهل ذلك المغزى[(٢)] ، والقول فيه كالقول في سهم ذي القربى وقد تقدم القول فيه .

مسألة: **(والخمس الرابع في المساكين)** .

وهم أهل الحاجة ويدخل فيه الفقراء ، والفقراء والمساكين صنفان في الزكاة وصنف واحد هاهنا وفي سائر الأحكام وإنما يقع التمييز بينهما إذا جمع بينهما بلفظين و لم يرد ذلك إلا في الزكاة ، وسنذكرهم في أصنافها ، قال أصحابنا: ويعم

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٧٣) ٣: ١١٥ كتاب الوصايا، باب ما جاء متى ينقطع اليتم.
(٢) زيادة من المغني ٧: ٣٠٧.

بها جميعهم في جميع البلاد كقولهم في سهم ذي القربى واليتامى وقد تقدم قولنا في ذلك .

مسألة: (**والخمس الخامس في ابن السبيل**) .

وسنذكره أيضاً في أصناف الصدقة ويعطى كل واحد منهم قدر ما يُوصله إلى بلده ؛ لأن دفعنا إليه لأجل الحاجة فأعطي بقدرها ، فإن اجتمع في واحد أسباب كالمسكين إذا كان يتيماً وابن السبيل استحق بكل واحد منهما ؛ لأنها أسباب لأحكام . فوجب أن يثبت أحكامها ؛ كما لو انفردت فإن أعطاه ليتمه فزال فقره لم يعط لفقره شيئاً .

مسألة: (**وأربعة أخماس الفيء لجميع المسلمين غنيهم وفقيرهم فيه سواء إلا العبيد**) .

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم اليوم في أن العبيد لا حق لهم في الفيء .

وظاهر كلام أحمد والخرقي: أن سائر الناس لهم حق في الفيء غنيهم وفقيرهم .

وقال عمر رضي الله عنه: «ما من أحد من المسلمن إلا له في هذا المال نصيب إلا العبيد فليس لهم فيه شيء»[1] .

ولأنه مال مخموس فلم يختص به من فيه منفعة كأربعة أخماس الغنيمة .

وذكر القاضي أن أهل الفيء هم أهل الجهاد من المرابطين في الثغور وجند المسلمين ومن يقوم بمصالحهم ؛ لأن ذلك كان للنبي ﷺ في حياته لحصول النصرة والمصلحة به فلما مات صار بالجند ومن يحتاج إليه المسلمون فصار ذلك لهم دون غيرهم ، وأما الأعراب ونحوهم ممن لا يعد نفسه للجهاد فلا حق لهم فيه ، والذين يغزون إذا نشطوا يعطون من سهم سبيل الله من الصدقة . ومعنى قول الخرقي: غنيهم وفقيرهم فيه سواء أنه بين الغني والفقير يعني الغني الذي فيه مصلحة للمسلمين من المجاهدين والقضاة والفقهاء ، ويحتمل أن يكون معنى كلامه أن

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣٥١ كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب ما جاء في قول أمير المومنين عمر رضي الله عنه.

لجميع المسلمين الانتفاع بذلك المال لكونه يصرف إلى من يعود نفعه إلى جميع المسلمين، وكذلك ينتفعون بالعبور على القناطر والجسور المعقودة بذلك المال وبالأنهار والطرقات التي أصلحت به.

وسياق كلامه يدل على أنه ليس مختصاً بالجند إنما هو مصروف في مصالح المسلمين لكن يبدأ بجند المسلمين؛ لأنهم هم أهم المصالح لكونهم يحفظون المسلمين فيعطون كفاياتهم فما فضل قدّم الأهم فالأهم من عمارة الثغور وكفايتها بالأسلحة والكراع ثم الأهم فالأهم من عمارة المساجد والقناطر وإصلاح الطرق وكري الأنهار وسد بثوقها وأرزاق القضاة والأئمة والمؤذنين والفقهاء ونحو ذلك مما للمسلمين فيه نفع.

مسألة: **(وأربعة أخماس الغنيمة لمن شهد الوقعة، للراجل سهم، وللفارس ثلاثة أسهم، إلا أن يكون الفارس على هَجين فيكون له سهمان، سهم له، وسهم لهجينه).**

أجمع أهل العلم على أن أربعة أخماس الغنيمة للغانمين وقول الله: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه﴾ [الأنفال:٤١] يُفهم منه أن أربعة أخماسها لهم؛ لأنه أضافها إليهم ثم أخذ منها سهماً لغيرهم فبقي سائرها لهم كقوله تعالى: ﴿وورثه أبواه فلأمه الثلث﴾ [النساء:١١] قال عمر: «الغنيمة لمن شهد الوقعة»(١) وذهب عامة أهل العلم إلى أن للراجل سهماً وللفارس ثلاثة أسهم. وقد ثبت عن ابن عمر «أن النبي ﷺ أسهم للفرس سهمين وللرجل سهماً»(٢) متفق عليه.

وفي لفظ: «أسهم للرجل ولفرسه ثلاثة أسهم، سهم له وسهمان لفرسه»(٣) رواه أحمد وأبو داود.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ٥٠ كتاب السير، باب الغنيمة لمن شهد الوقعة.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٩٨٨) ٤: ١٥٤٥ كتاب المغازي، باب غزوة خيبر.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧٦٢) ٣: ١٣٨٣ كتاب الجهاد والسير، باب كيفية قسمة الغنيمة بين الحاضرين.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٣٣) ٣: ٧٥ كتاب الجهاد، باب في سهمان الخيل.
وأخرجه أحمد في مسنده (٤٤٣٤) طبعة إحياء التراث.

وقال خالد الحذاء: «لا يختلف فيه عن النبي ﷺ أنه أسهم للفرس سهمين ولصاحبه سهماً»[1] رواه الدارقطني.

والهجين من الخيل الذي أبوه عربي وأمه غير عربية، والمقرف عكس الهجين وهو الذي أبوه غير عربي وأمه عربية.

وأراد الخرقي بالهجين هاهنا ما عدا العربي من الخيل من البراذين وغيرها، وعن أحمد أن البراذين إذا أدركت مثل العراب فلها مثل سهمها وحكى القاضي رواية أخرى فيما عدا العراب من الخيل لا يسهم لها وفي هذه المسألة اختلاف كثير وأدلة على كل قول أخرنا ذكرها إلى باب الجهاد فإن المسألة مذكورة فيه وهو أليق بها.

مسألة: **(والصدقة لا يجاوز بها الثمانية الأصناف التي سمى الله عز وجل)**.

يعني قوله تعالى: ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم﴾ [التوبة:٦٠] ويروى «أن رجلاً قال: يا رسول الله أعطني من هذه الصدقات فقال له عليه السلام: إن الله لم يرض بحكم نبي ولا غيره في الصدقات حتى حكم فيها فجزأها ثمانية أجزاء فإن كنت من تلك الأجزاء أعطيتك حقك» والمراد بالصدقة هاهنا الزكاة المفروضة دون غيرها من صدقة التطوع والكفارات والنذور والوصايا ولا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أنه لا يجوز دفع الزكاة إلى غير هذه الأصناف وذلك لأن الله تعالى قال: ﴿إنما الصدقات﴾ [التوبة:٦٠] وإنما للحصر تثبت المذكور وتنفي ما عداه؛ لأنها مركبة من حرفي نفي وإثبات فجرى مجرى قوله: ﴿إنما الله إله واحد﴾ [النساء:١٧١] أي: لا إله إلا الله، وقوله: ﴿إنما أنت منذر﴾ [الرعد:٧] أي ما أنت إلا نذير، وقوله عليه السلام: «إنما الولاء لمن أعتق»[2].

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٤) ٤: ١٠٧ كتاب السير.

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣٢٧ كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب ما جاء في سهم الراجل والفارس.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٣٧١) ٦: ٢٤٨١ كتاب الفرائض، باب الولاء لمن أعتق وميراث اللقيط.

مسألة: **(الفقراء وهم الزمنى والمكافيف الذين لا حرفة لهم والحرفة الصناعة ولا يملكون خمسين درهماً ولا قيمتها من الذهب والمساكين وهم السؤال وغير السؤال ومن هم الحرفة إلا أنهم لا يملكون خمسين درهماً ولا قيمتها من الذهب)** .

الفقراء والمساكين صنفان في الزكاة وصنف واحد في سائر الأحكام ؛ لأن كل واحد من الاسمين يطلق عليهما ، فأما إذا جمع بين الاسمين وميز بين المسميين تمييزاً وكلاهما يشعر بالحاجة والفاقة وعدم الغنى إلا أن الفقير أشد حاجة من المسكين من قبل أن الله تعالى بدأ به وإنما يُبدأ بالأهم فالأهم وبهذا قال الشافعي والأصمعي ؛ لأن الله تعالى بدأ بالفقراء فيدل على أنهم أهم ، وقال تعالى: ﴿أما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر﴾ [الكهف:٧٩] فأخبر أن المساكين لهم سفينة يعملون بها .

ولأن النبي ﷺ قال: «اللهم أحيني مسكيناً وأمتني مسكيناً واحشرني في زمرة المساكين»[1] ، وكان يستعيذ من الفقر . ولا يجوز أن يسأل الله شدة الحاجة ويستعيذ من حالة أصلح منها .

ولأن الفقر مشتق من فقر الظهر فعيل بمعنى مفعول أي مفقور وهو الذي نزعت فقرة ظهره فانقطع صلبه قال الشاعر:

لما رأى لبد النسور تطايرت   رَفَعَ القوادم كالفقير الأعزل

أي لم يطق الطيران كالذي انقطع صلبه والمسكين مفعيل من السكون ، وهو الذي أسكنته الحاجة ومن كسر صلبه أشد حالاً من الساكن .

إذا ثبت هذا فالفقير الذي لا يقدر على كسب ما يقع موقعاً من كفايته ، ولا له من الأجرة أو من المال الدائم ما يقع موقعاً من كفايته ولا له خمسون درهماً ولا قيمتها من الذهب مثل الزمنى والمكافيف وهم العميان سموا بذلك ؛ لكف

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (٢٣٥٢) ٤: ٥٧٧ كتاب الزهد ، باب ما جاء أن فقراء المهاجرين يدخلون الجنة قبل أغنيائهم.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٤١٢٦) ٢: ١٣٨١ كتاب الزهد ، باب مجالسة الفقراء.

أبصارهم لأن هؤلاء في الغالب لا يقدرون على اكتساب ما يقع موقعاً من كفايتهم وربما لا يقدرون على شيء أصلاً قال الله: ﴿للفقراء الذين أحصروا في سبيل الله لا يستطيعون ضرباً في الأرض يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف تعرفهم بسيماهم لا يسألون الناس إلحافا﴾ [البقرة:٢٧٣] ومعنى قولهم: يقع موقعاً من كفايتهم أنه يحصل به معظم الكفاية أو نصف الكفاية مثل من يكفيه عشرة فيحصل له من مكسبه أو غيره خمسة فما زاد والذي لا يحصل له إلا ما لا يقع موقعاً من كفايته كالذي لا يحصل له إلا ثلاثة أو ما دونها فهذا هو الفقير والأول هو المسكين فيعطى كل واحد منهما ما تتم به كفايته وتنسد به حاجته ؛ لأن المقصود دفعها وإغناء صاحبها ولا يحصل إلا بذلك والذي يسأل ويحصل الكفاية أو معظمها من مسألته فهو من المساكين لكنه يعطى جميع كفايته ويغنى عن السؤال .

مسألة: (**والعاملين عليها وهم الجُباةُ والحافظون لها**) .

يعني العاملين على الزكاة وهم الصنف الثالث من أصناف الزكاة وهم السعاة الذين يبعثهم الإمام لأخذها من أربابها وجمعها وحفظها ونقلها ومن يعينها ممن يسوقها ويرعاها ويحملها وكذلك الحاسب والكاتب والكيال والوزان والعداد وكل من يحتاج إليه فيها فإنه يعطى أجرته منها ؛ لأن ذلك من مؤنتها فهو كعلفها وقد كان النبي ﷺ يبعث على الصدقة سعاة ويعطيهم عمالتهم . فبعث عمر ومعاذاً وأبا موسى ورجلاً من بني مخزوم وغيرهم ، و «طلب منه ابنا عمه الفضل بن العباس وعبد المطلب بن ربيعة بن الحارث أن يبعثهما فقالا: يا رسول الله لو بعثتنا على هذه الصدقة فنصيب ما يصيب الناس ونؤدي إليك ما يؤدي الناس ؟ فأبى أن يبعثهما وقال: إن هذه الصدقة أوساخ الناس»[١] . وهذه قصص اشتهرت فصارت كالمتواتر وليس فيه اختلاف مع ما ورد من نص الكتاب فيه فأغنى عن التطويل .

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٠٧٢) ٢: ٧٥٢ كتاب الزكاة ، باب ترك استعمال آل النبي على الصدقة.

ومن شرط العامل أن يكون بالغاً عاقلاً[1] أميناً ؛ لأن ذلك ضرب من الولاية يشترط فيها هذه الخصال .

ولأن الصبي والمجنون لا قبض لهما والخائن يذهب بمال الزكاة ويضيعه على أربابه ، ويشترط إسلامه اختار هذا القاضي . وذكر أبو الخطاب وغيره أنه لا يشترط إسلامه ؛ لأنه إجارة على عمل فجاز أن يتولاه الكافر كجباية الخراج .

وقيل عن أحمد في ذلك روايتان .

والأول أصح ؛ لأنه يشترط له الأمانة فاشترط له الإسلام كالشهادة .

ولأنه ولاية على المسلمين . فلم يجز أن يتولاها الكافر ؛ كسائر الولايات .

ولأن من ليس من أهل الزكاة لا يجوز أن يتولى العمالة كالحربي ؛ لأن الكافر ليس بأمين ولهذا قال عمر: «لا تأمنوهم وقد خونهم الله»[2] ، وقد أنكر عمر رضي الله عنه على أبي موسى توليته الكتابة نصرانياً[3] . فالزكاة التي هي ركن الإسلام أولى ، ويشترط كونه من غير ذي القربى إلا أن تدفع إليه أجرته من غير الزكاة . وقال أصحابنا: يجوز أن يعطى أجرته من الزكاة ؛ لأنها أجرة على عمل يجوز للغني فجازت لذوي القربى كأجرة النقال والحافظ وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والأول أصح «لحديث الفضل بن العباس وعبد المطلب بن ربيعة بن الحارث حين سألا النبي ﷺ أن يبعثهما على الصدقة فأبا أن يبعثهما وقال: إنما هذه الصدقة أوساخ الناس وإنها لا تحل لمحمد ولا لآل محمد»[4] وهذا ظاهر في تحريم أخذهم العمالة فلا يجوز مخالفته ويفارق النقال والحمال والراعي فإنه يأخذه أجرة لحمله لا لعمالته ، ولا يشترط كونه حراً ؛ لأن العبد يحصل منه المقصود كالحر فجاز أن يكون عاملاً كالحر ، ولا كونه فقيهاً إذا كتب له ما يأخذه وحد له كما كتب النبي عليه السلام لعماله فرائض الصدقة وكما كتب أبو

(١) زيادة من المغني. ٧: ٣١٧.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠: ١٢٧ كتاب آداب القاضي ، باب لا ينبغي للقاضي ولا للوالي أن يتخذ كاتبا ذميا...

(٣) ر. التخريج السابق.

(٤) سبق تخريجه قريبا.

بكر لعماله أو بعث معه من يعرفه ذلك، ولا كونه فقيراً لأن الله تعالى جعل العامل صنفاً غير الفقراء والمساكين فلا يشترط وجود معناهما فيه كما لا يشترط معناه فيهما وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة لغاز في سبيل الله، أو لعامل عليها، [أو لغارم][1]، أو لرجل ابتاعها بماله، أو رجل كان له جار مسكين فتصدق على المسكين فأهدى المسكين إلى الغني»[2] رواه أبو داود.

مسألة: **(والمؤلفة قلوبهم وهم المشركون المتألفون على الإسلام)**.

هذا الصنف الرابع من أصناف الزكاة المستحقين لها، ونقل حنبل عن أحمد أن حكمهم قد انقطع اليوم وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد أقواله؛ لما روي «أن مشركاً جاء يلتمس من عمر مالاً فلم يعطه وقال: من شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر». ولم ينقل عن عمر ولا عثمان ولا علي أنهم أعطوا شيئاً من ذلك؛ لأن الله أظهر الإسلام وقمع المشركين فلا حاجة إلى التأليف. والمذهب على خلاف ما حكاه حنبل ولعل معنى قول أحمد: انقطع حكمهم أي لا يحتاج إليهم في الغالب أو أراد أن الأئمة لا يعطونهم اليوم شيئاً، وأما إن احتيج إليهم جاز الدفع إليهم فلا يجوز الدفع إليهم إلا مع الحاجة.

والدليل على جواز الدفع: قول الله تعالى: ﴿والمؤلفة قلوبهم﴾ [التوبة:٦٠] وهذه الآية في سورة براءة وهي من آخر ما نزل من القرآن على رسول الله ﷺ. وقد ثبت أن رسول الله أعطى المؤلفة من المشركين والمسلمين وأعطى أبو بكر عدي بن حاتم وقد قدم عليه بثلاثمائة جمل من إبل الصدقة ثلاثين بعيراً ومخالفة كتاب الله وسنة رسوله وإطراحها بلا حجة لا يجوز ولا يثبت النسخ بترك عمر وعثمان وعلي إعطاء المؤلفة ولعلهم لم يحتاجوا إلى إعطائهم فتركوا ذلك لعدم الحاجة إليه لا لسقوطه.

---

(١) زيادة من السنن.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٦٣٥) ٢: ١١٩ كتاب الزكاة، باب من يجوز له أخذ الصدقة وهو غني. وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٤١) ١: ٥٩٠ كتاب الزكاة، باب من تحل له الصدقة.

مسألة: **(وفي الرقاب وهم المكاتبون)** .

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في ثبوت سهم الرقاب ولا يختلف المذهب في أن المكاتبين من الرقاب يجوز صرف الزكاة إليهم وهو قول الجمهور ؛ لأن المكاتب من الرقاب ؛ لأنه عبد واللفظ عام فيدخل في عمومه .

إذا ثبت هذا فإنه يدفع إلى المكاتب جميع ما يحتاج إليه لوفاء كتابته فإن لم يكن معه شيء جاز أن يدفع إليه جميعها وإن كان معه شيء تمم له ما يتخلص به ؛ لأن حاجته لا تندفع إلا بذلك ولا يدفع إلى من معه وفاء كتابته شيء ؛ لأنه مستغن عنه في وفاء الكتابة ولا يدفع إليه بحكم الفقر شيء ؛ لأنه عبد ويجوز أن يدفع إليه في كتابته قبل حلول النجم ؛ لئلا يحل النجم ولا شيء معه فتنفسخ الكتابة ولا يدفع إلى مكاتب كافر شيء ؛ لأنه ليس من مصارف الزكاة ولا يقبل قول المكاتب أنه مكاتب إلا ببينة ؛ لأن الأصل عدمها فإن صدقه السيد ففيه وجهان:

أحدهما: يقبل ؛ لأن الحق في العبد لسيده فإذا أقر بانتقال حقه عنه قبل .

والثاني: لا يقبل ؛ لأنه متهم في أنه يواطئه ليأخذ به المال .

فصل

ويجوز للسيد دفع زكاته إلى مكاتبه ؛ لأنه قد صار معه في باب المعاملات كالأجنبي يجري بينهما الربا فصار كالغريم يدفع زكاته إلى غريمه ويجوز للمكاتب ردها إلى سيده بحكم الوفاء ؛ لأنها رجعت إليه بحكم الإيفاء . أشبه إيفاء الغريم دينه وهو الأولى ؛ لأنه أعجل لعتقه وأوصل إلى المقصود الذي كان الدفع من أجله فإنه إذا أخذه المكاتب قد يدفعه وقد لا يدفعه .

مسألة: **(وقد روي عن أبي عبدا لله رضي ا لله عنه رواية أخرى أنه يعتق منها)** .

اختلفت الرواية عن أحمد في جواز الإعتاق من الزكاة فروي عنه جواز ذلك ، وهو قول ابن عباس ومالك لعموم قوله تعالى: ﴿وفي الرقاب﴾ [التوبة:٦٠]

وهذا متناول[1] للقن بل هو ظاهر فيه فإن الرقبة إذا أطلقت انصرفت إليه كقوله: ﴿فتحرير رقبة﴾ [المجادلة:٣] وتقدير الآية: وفي إعتاق الرقاب .

ولأنه إعتاق للرقبة فجاز صرف الزكاة فيه كدفعه في الكتابة .

والرواية الأخرى لا يجوز وهو قول الشافعي ؛ لأن الآية تقتضي صرف الزكاة إلى الرقاب كقوله: ﴿وفي سبيل الله﴾ [التوبة:٦٠] يريد الدفع إلى المجاهدين كذا هاهنا والعبد القن لا يدفه إليه شيء ، قال أحمد في رواية أبي طالب: قد كنت أقول يعتق من زكاته ، ولكن أهابه اليوم ؛ لأنه يجر الولاء ، وفي موضع آخر قيل له: فما يعجبك من ذلك ؟ قال: يعين في ثمنها فهو أسلم .

وأخذ ابن عقيل من هذه الرواية أن أحمد رجع عن القول بالإعتاق من الزكاة وهذا من أحمد إنما كان على سبيل الورع فلا يقتضي رجوعاً ؛ لأن العلة التي تملك بها جر الولاء ومذهبه أن ما رجع من الولاء رد في مثله فلا ينتفع إذاً بإعتاقه من الزكاة .

فصل

ولا يجوز أن يشتري من زكاته من يعتق عليه بالرحم وهو كل ذي رحم محرم ، فإن فعل عتق عليه و لم تسقط عنه الزكاة ، ولو أعتق عبده المملوك له عن زكاته لم يجزئه ؛ لأن أداء الزكاة عن كل مال من جنسه والعبد من جنس ما تجب الزكاة فيه ، ولو أعتق عبداً من عبيد التجارة لم يجز ؛ لأن الواجب في قيمتهم لا في عينهم .

ويجوز أن يشتري أسيراً مسلماً من أيدي المشركين ؛ لأنه فك رقبة من الأسر ، فهو كفك رقبة العبد من الرق .

ولأن فيه إعزازاً للدين فهو كصرفه إلى المؤلفة قلوبهم .

ولأنه يدفعه إلى الأسير في فك رقبته فأشبه ما يدفعه إلى الغارم لفك رقبته من الدين .

(١) في الأصل: متأول. وما أثبتناه من المغني ٧: ٣٢٢.

مسألة: **(فما رجع من الولاء رد في مثله)** .

يعني يعتق به أيضاً ؛ لأن عتقه بمال هو لله والمعتق نائب عن الله في الشراء والإعتاق فلم يكن الولاء له كما لو توكل في الإعتاق وكالساعي إذا اشترى من الزكاة رقبة وأعتقها .

ولأن الولاء أثر الرق ، وفائدة من المعتق فلم يجز أن يرجع إلى المزكي ؛ لإفضائه إلى أن ينتفع بزكاته .

مسألة: **(والغارمين وهم المَدِينُون العاجزون عن وفاء ديونهم)** .

هذا الصنف السادس من أصناف الزكاة ، ولا خلاف في استحقاقهم وثبوت سهمهم ، وأن المدينين العاجزين عن وفاء ديونهم منهم ، لكن إن غرم في معصية مثل إن اشترى خمراً أو صرفه في زنا أو قمار أو غناء ونحوه لم يدفع إليه قبل التوبة شيء؛ لأنه إعانة على المعصية وإن تاب فقال القاضي: يدفع إليه واختاره ابن عقيل؛ لأن إبقاء الدين الذي في الذمة ليس من المعصية بل يجب تفريغها والإعانة على الواجب قربة لا معصية فأشبه من أتلف ماله في المعاصي حتى افتقر فإنه يدفع إليه من سهم الفقراء، وفيه وجه آخر أنه لا يدفع إليه ؛ لأنه استدانة للمعصية فلم يدفع إليه كما لو لم يتب .

ولأنه لا يؤمن أن يعود إلى الاستدانة للمعاصي ثقة منه بأن دينه يقضى بخلاف من أتلف ماله في المعاصي فإنه يعطى لفقره لا لمعصيته .

فصل

وإذا أراد الرجل دفع زكاته إلى الغارم فله أن يسلمها إليه ليدفعها إلى غريمه . وإن أحب أن يدفعها إلى غريمه قضاء عند دينه فعن أحمد فيه روايتان:

إحداهما: يجوز ذلك . نقل أبو الحارث قال: قلت لأحمد: رجل عليه ألف ، وكان على رجل زكاة ماله ألف فأداها عن هذا الذي عليه الدين يجوز هذا من زكاته ؟ قال: نعم ما أرى بذلك بأساً وذلك لأنه دفع الزكاة في قضاء دينه فأشبه ما لو دفعها إليه يقضي بها دينه .

والثانية: لا يجوز دفعها إلى الغريم. قال أحمد: أحب إلي أن يدفعه إليه حتى يقضي هو عن نفسه.

قيل: هو محتاج يخاف أن يدفعه إليه فيأكله ولا يقضي دينه قال فقل له: يوكّله حتى يقضيه[1].

فظاهر هذا أنه لا يدفع الزكاة إلى الغريم إلا بوكالة الغارم؛ لأن الدين إنما هو على الغارم فلا يصح قضاؤه إلا بتوكيله ويحتمل أن يحمل هذا على الاستحباب ويكون قضاؤه عنه جائزاً، وإن كان دافع الزكاة الإمام جاز أن يقضي بها دينه من غير توكيله؛ لأن للإمام ولاية عليه في إبقاء الدين ولهذا يجبره عليه إذا امتنع منه، وإذا ادعى الرجل أن عليه ديناً فإن كان يدعيه من جهة إصلاح ذات البين فالأمر فيه ظاهر لا يكاد يخفى فإن خفي ذلك لا يقبل إلا ببينة وإن غرم لمصلحة نفسه لم يدفه إليه إلا ببنية أيضاً؛ لأن الأصل عدم الغرم وبراءة الذمة فإن صدقه الغريم فهل يقبل على وجهين كالمكاتب إذا صدقه سيده.

مسألة: **(وفي سبيل الله وهم الغُزاة يعطون ما يشترون به الدواب والسلاح وما ينفقون به على العدو وإن كانوا أغنياء)**.

هذا الصنف السابع من أهل الزكاة ولا خلاف في استحقاقهم وبقاء حكمهم، ولا خلاف في أنهم الغزاة في سبيل الله؛ لأن سبيل الله عند الإطلاق هو الغزو قال الله: ﴿وقاتلوا في سبيل الله﴾ [البقرة:١٩٠] وقال: ﴿يجاهدون في سبيل الله﴾ [المائدة:٥٤] وقال: ﴿إن الله يحب الذين يقاتلون في سبيله صفاً﴾ [الصف:٤] وذكر ذلك في غير موضع من كتابه.

إذا ثبت هذا فإنهم يعطون وإن كانوا أغنياء. وبهذا قال مالك والشافعي؛ لقول النبي ﷺ: «لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة: لغاز في سبيل الله...»[2] وذكر بقيتهم.

---

(١) في الأصل: يقبضه. وما أثبتناه من المغني ٧: ٣٢٥.
(٢) سبق تخريجه ص: ٣٥٣.

ولأن الله جعل الفقراء والمساكين صنفين وعد بعدهما ستة أصناف فلا يلزم وجود صفة الصنفين في بقية الأصناف كما لا يلزم وجود صفة الأصناف فيهما .

ولأن هذا [يأخذ لحاجته إليها دون من][1] يأخذ لحاجتنا إليه فأشبه العامل والمؤلف . وأما أهل سائر السهمان فإنما يعتبر فقر من يأخذ لحاجته إليها دون من يأخذ لحاجتنا إليه .

إذا ثبت هذا فمن قال أنه يريد الغزو قبل قوله ؛ لأنه لا يمكن إقامة البينة على بينته ويدفع إليه قدر كفايته لمؤنته وشراء السلاح والفرس إن كان فارساً وحمولته ودرعه ولباسه وسائر ما يحتاج إليه لغزوه وإن كثر ذلك ويدفع إليه دفعاً مراعاً فإن لم يغز رده ؛ لأنه أخذه لذلك وإن غزى وعاد فقد ملكه ؛ لأنا دفعنا إليه قدر الكفاية وإنما ضيّق على نفسه ، وإن مضى إلى الغزو فرجع من الطريق أو لم يتم الغزو الذي دفع إليه من أجله رد ما فضل معه ؛ لأن الذي أخذ لأجله لم يفعله كله وإنما يستحق هذا السهم الغزاة الذين لا حق لهم في الديوان وإنما يتطوعون بالغزو إذا نشطوا .

مسألة: **(ويعطى أيضاً في الحج وهو من سبيل الله عز وجل)** .

يروى هذا عن ابن عباس وعن ابن عمر رضي الله عنهم الحج من سبيل الله ؛ لما روي «أن رجلاً جعل ناقة له في سبيل الله فأرادت امرأته الحج فقال لها النبي ﷺ: اركبيها فإن الحج من سبيل الله»[2] .

وعن أحمد رواية أخرى لا يصرف منها في الحج وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي وهذا أصح عندي ؛ لأن سبيل الله عند الإطلاق إنما ينصرف إلى الجهاد فإن كل ما في القرآن من ذكر سبيل الله إنما أريد به الجهاد إلا اليسير فيجب أن يحمل ما في هذه الآية على ذلك ؛ لأن الظاهر إرادته به .

---

(١) زيادة من المغني ٧: ٣٢٦.

(٢) أخرج أحمد في مسنده عن أم معقل الأسدية «أن زوجها جعل بكراً في سبيل الله وأنها أرادت العمرة فسألت زوجها البكر فأبى فأتت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فأمره أن يعطيها وقال رسول الله ﷺ: الحج والعمرة في سبيل الله» (٢٧٣٢٦) ٦: ٤٠٦.

ولأن الزكاة إنما تنصرف إلى أحد الرجلين محتاج إليها كالفقراء والمساكين وفي الرقاب والغارمين لقضاء ديونهم، أو من يحتاج إليه المسلمون كالعامل والغازي والمؤلف والغارم لإصلاح ذات البين والحج من الفقير لا نفع للمسلمين فيه ولا حاجة بهم إليه ولا حاجة به أيضاً إليه؛ لأن الفقير لا فرض عليه فيسقطه ولا مصلحة له في إيجابه عليه وتكليفه مشقة قد رفهه الله منها وخفف عنه إيجابها وتوفر هذا القدر على ذوي الحاجة من سائر الأصناف أو دفعه في مصالح المسلمين أولى وأما الخبر فلا يمتنع أن يكون الحج من سبيل الله والمراد بالآية غيره لما ذكرنا.

فصل

فإن قلنا يدفع في الحج منها فلا يعطى إلا بشرطين أحدهما: أن يكون ممن ليس له ما يحج به سواها لقول النبي ﷺ: «لا تحل الصدقةُ لغني ولا لذي مِرَّةٍ سَوِي»[1].

ولأنه يأخذ لحاجته لا لحاجة المسلمين إليه فاعتبرت فيه الحاجة كمن يأخذ لفقره.

والثاني: أن يأخذ لحجه الفرض ذكره أبو الخطاب؛ لأنه يحتاج إلى إسقاط فرضه وإبراء ذمته أما التطوع فله مندوحة عنه، وقال القاضي: ظاهر كلام أحمد جواز ذلك في الفرض والتطوع معاً وهو ظاهر قول الخرقي؛ لأن الكل من سبيل الله.

ولأن الفقير لا فرض عليه فالحجة منه كالتطوع.

فعلى هذا يجوز أن يدفع إليه ما يحج به حجة كاملة وما يغنيه في حجة ولا يجوز أن يحج من زكاة نفسه كما لا يجوز أن يغزو بها.

مسألة: (**وابن السبيل وهو المنقطع به وله اليسار في بلده فيُعطى من الصدقة ما يبلّغه**).

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٦٣٤) ٢: ١١٨ كتاب الزكاة، باب من يعطى من الصدقة وحد الغني.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٦٥٢) ٣: ٤٢ كتاب الزكاة، باب ما جاء من لا تحل له الصدقة.
وأخرجه النسائي في سننه (٢٥٩٧) ٥: ٩٩ كتاب الزكاة، إذا لم يكن له دراهم وكان له عدلها.

هذا الصنف الثامن من أهل الزكاة ولا خلاف في استحقاقه وبقاء سهمه وابن السبيل هو المسافر الذي ليس له ما يرجع به إلى بلده وله اليسار في بلده فيعطى ما يرجع به ، ونحو هذا قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك وعن أحمد هو المجتاز ومن يريد إنشاء السفر أيضاً فيدفع إليهما ما يحتاجان إليه لذهابهما وعودهما ؛ لأنه يريد السفر لغير معصية فأشبه المجتاز وبه قال الشافعي والأول أصح ؛ لأن ابن السبيل هو الملازم للطريق الكائن فيها كما يقال ولد الليل للذي يكثر الخروج فيه والقاطن في بلده ليس في طريق ولا يثبت له حكم الكائن فيها ولهذا لا يثبت له حكم السفر بهمه به دون فعله .

ولأنه لا يفهم من ابن السبيل إلا الغريب دون من هو في وطنه ومنزله ، وإن انتهت به الحاجة منتهاها فوجب أن يحمل المذكور في الآية على الغريب دون غيره وإنما يعطى وله اليسار في بلده ؛ لأنه عاجز عن الوصول إليه والانتفاع به فهو كالمعدوم في حقه . فإن كان ابن السبيل فقيراً في بلده أعطي لفقره وكونه ابن السبيل لوجود الأمرين فيه ويعطى لكونه ابن سبيل قدر[1] ما يوصله إلى بلده ؛ لأن الدفع إليه للحاجة إلى ذلك فيتقدر بقدره ويدفع إليه وإن كان موسراً في بلده إذا كان محتاجاً في الحال ؛ لأنه عاجز عن الوصول إلى ماله فصار كالمعدوم ، وإن فضل معه شيء بعد رجوعه إلى بلده رده ؛ لأنه أخذه للحاجة وقد حصل الغنى بدونه فأشبه ما لو أخذه لغزو فلم يغز وإن كان فقيراً أو اتصل بسفره الفقر أخذ الفضل لفقره ؛ لأنه إن فات الاستحقاق بكونه ابن سبيل حصل الاستحقاق بجهة أخرى وإن كان غارماً أخذ الفضل لغرمه .

فصل

وإن كان ابن السبيل مجتازاً يريد بلداً غير بلده فقال أصحابنا: يجوز أن يدفع إليه ما يكفيه في مضيه إلى مقصده ورجوعه إلى بلده ؛ لأن فيه إعانة على السفر المباح وبلوغ الغرض الصحيح لكن يشترط كون السفر مباحاً إما قربة كالحج

(١) زيادة من المغني ٧: ٣٢٨.

والجهاد وزيارة الوالدين أو مباحاً كطلب المعاش والتجارات ، وأما المعصية فلا يجوز الدفع إليه فيها ؛ لأنه إعانة عليها وتسبب إليها فهو كفعلها فإن وسيلة الشيء جارية مجراه ، وإن كان السفر للنزهة ففيه وجهان:

أحدهما: يدفع إليه ؛ لأنه غير معصية .

والثاني: لا يدفع إليه ؛ لأنه لا حاجة به إلى هذا السفر . ويقوى عندي أنه لا يجوز الدفع للسفر إلى غير بلده ؛ لأنه لو جاز ذلك لجاز للمنشيء للسفر من بلده .

ولأن هذا السفر إن كان لجهاد فهو يأخذ له من سهم[1] سبيل الله وإن كان حجاً فغيره أهم منه ، وإذا لم يجز الدفع في هذين ففي غيرهما أولى وإنما ورد الشرع بالدفع إليه للرجوع إلى بلده ؛ لأنه أمر تدعوا حاجته إليه ولا غنى به عنه فلا يجوز إلحاق غيره به ؛ لأنه ليس في معناه فلا يجوز قياسه عليه ولا نص فيه فلا يثبت جوازه لعدم النص والقياس .

مسألة: **(وليس عليه أن يُعطي لكل هؤلاء الأصناف ، وإن كانوا موجودين ، وإنما عليه أن لا يجاوزهم)** .

وذلك لأن الآية إنما سيقت لبيان من يجوز الصرف إليه لا[2] لإيجاب الصرف إلى الجميع بدليل أنه لا يجب[3] تعميم كل صنف بها . وقد ذكر الله في آية أخرى صرفها إلى جنس واحد فقال: ﴿إن تبدوا الصدقات فنعما هي وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم﴾ [البقرة:٢٧١] ، وقال النبي ﷺ لمعاذ حيث بعثه إلى اليمن: «أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم»[4] متفق عليه .

فلم يذكر في الآية والخبر إلا صنفاً واحداً . و «أمر بني زُريق بدفع صدقتهم إلى سلمة بن صخر»[5] وهو شخص واحد . رواه أبو داود .

---

(١) زيادة من المغني ٧: ٣٢٩.

(٢) مثل السابق.

(٣) في الأصل: لا يجوز. وما أثبتناه من المغني ٧: ٣٢٩.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٠٩٠) ٤: ١٥٨٠ كتاب المغازي، باب بعث أبي موسى ومعاذ بن جبل رضي الله عنهما إلى اليمن قبل حجة الوداع.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٩) ١: ٥٠ كتاب الإيمان، باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام.

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢١٣) ٢: ٢٦٥ كتاب الطلاق ، باب في الظهار.

والآثار في هذا كثيرة تدل على أن النبي عليه السلام لم يكن يعتمد في كل صدقة ثابتة دفعها إلى جميع الأصناف ولا تعميمهم بها، بل كان يدفعها إلى من وجد من أهلها وهذا هو الأليق بحكمة الشرع وحسنه، إذ غير جائز أن يكلف الله تعالى من وجبت عليه شاة أو صاع من البر أو نصف مثقال أو خمسة دراهم دفعها إلى ثمانية عشر نفساً أو أحد وعشرين أو أربعة وعشرين نفساً من ثمانية أصناف لكل ثلاثة منهم ثمنها، والغالب تعذر وجودهم في الإقليم العظيم وعجز السطان عن إيصال مال بيت المال مع كثرته إليهم على هذا الوجه فكيف يكلف الله من وجبت عليه زكاة جمعهم وإعطائهم وهو سبحانه القائل: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ [الحج:٧٨] وقال: ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾ [البقرة:١٨٥] وقال: ﴿لا يكلف الله نفساً إلا وسعها﴾ [البقرة:٢٨٦] وأظن من قال بوجوب دفعها على هذا الوجه إنما يقوله بلسانه ولا يفعله ولا يقدر على فعله وما بلغنا أن النبي ﷺ فعل هذا في صدقة من الصدقات ولا أحداً[1] من خلفائه ولا صحابته ولا غيرهم ولو كان هذا هو الواجب في الشريعة المطهرة لما أغفلوه ولو فعلوه مع مشقته لنقل وما أهمل، إذ لا يجوز على أهل التواتر إهمال نقل ما تدعوا الحاجة إلى نقله سيما مع كثرة من تجب عليه الزكاة ووجود ذلك مع كل زمان في كل مصر وبلد وهذا أمر ظاهر.

وما بقي من الباب إلى آخره قد تقدم شرحه وتبيينه في باب الزكاة بما أغنى عن إعادته. والله تعالى أعلم.

(١) في الأصل: أحد. وما أثبتناه من المغني ٧: ٣٣٠.

كتاب النكاح

النكاح في الشرع هو عقد التزويج ، فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه ما لم يصرفه عنه دليل .

وقال القاضي : الأشبه بأصلنا أنه حقيقة في العقد والوطء جميعاً لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج لدخوله في قوله تعالى : ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف﴾ [النساء :٢٢] وقيل : بل هو حقيقة في الوطء مجاز في العقد ، تقول العرب : أنكحنا الفِرى فسترى أي : أضربنا فحل حمر الوحش أتنه فسترى ما يتولد منهما يضرب مثلاً للأمر يجتمعون عليه ثم يفترقون عنه ، والصحيح ما قلناه ؛ لأن الأشهر استعمال لفظة النكاح بإزاء العقد في الكتاب والسنة ولسان أهل العرف ، وقد قيل : ليس في الكتاب لفظ نكاح بمعنى الوطء إلا قوله : ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾ [البقرة :٢٣] .

ولأنه يصح نفيه عن الوطء فيقال : هـذا سفاح وليس بنكاح ، وروي عن النبي ﷺ أنه قال : «وُلدتُ من نكاح لا من سِفَاح»[1] ويقال عن السرية : ليست بزوجة ولا منكوحة .

ولأن النكاح أحد اللفظين اللذين ينعقد بهما عقد النكاح ، فكان حقيقة فيه كاللفظ الآخر ، وما ذكره القاضي يفضي إلى كون اللفظ مشتركاً ، وهو على خلاف الأصل ، وما ذكره الآخرون يدل على الاستعمال في الجملة ، والاستعمال فيما قلنا أكثر وأشهر ، ثم لو قُدِّر كونه مجازاً في العقد لكان اسماً عرفياً يجب صرف اللفظ عند الإطلاق إليه لشهرته كسائر الأسماء العرفية .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ١٩٠ كتاب النكاح، باب نكاح أهل الشرك وطلاقهم . ولفظه قوله ﷺ: «خرجت من نكاحٍ غير سفاح» .

فصل

والأصل في مشروعية النكاح الكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب؛ فقوله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء... الآية﴾ [النساء:٣]، وقوله: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم﴾ [النور:٣٢].

وأما السنة؛ فقول النبي ﷺ: «يا معشر الشباب! من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج. ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء»[1]. رواه الجماعة في آي وأخبار سوى هذا كثير.

وأجمع المسلمون على أن النكاح مشروع.

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (ولا ينعقد النكاح إلا بولي وشاهدين من المسلمين).

هذه المسألة تشتمل على ثلاثة أحكام:

الأول: أن النكاح لا يصح إلى بولي ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ولا توكيل غير وليها في تزويجها، فإن فعلت لم يصح النكاح، روي هذا عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة، وإليه ذهب الشافعي وأكثر أهل العلم؛ لما روى أبو موسى أن النبي ﷺ قال: «لا نِكاح إلا بِوَلي»[2] رواه الخمسة إلا النسائي.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٧٧٨) ٥: ١٩٥٠ كتاب النكاح، باب قول النبي ﷺ: من استطاع منكم الباءة...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٠٠) ٢: ١٠١٨ كتاب النكاح، باب استحباب النكاح.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٠٤٦) ٢: ٢١٩ كتاب النكاح، باب التحريض على النكاح.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٠٨١) ٣: ٣٩٢ كتاب النكاح، باب ما جاء في فضل التزويج والحث عليه.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٢١١) ٦: ٥٨ كتاب النكاح، الحث على النكاح.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٤٥) ١: ٥٩٢ كتاب النكاح، باب ما جاء في فضل النكاح.
وأخرجه أحمد في مسنده (٤١١٢) ١: ٤٣٢.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٨٥) ٢: ٢٢٩ كتاب النكاح، باب في الولي.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٠١) ٣: ٤٠٧ كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٨١) ١: ٦٠٥ كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٩٧٦١) ٤: ٤١٨.

قال المروذي : سألت أحمد ويحيى عن حديث : «لا نكاح إلا بولي» فقالا : صحيح .

وعن عائشة أن رسول الله ﷺ قال : «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»[1] رواه أيضاً الخمسة إلا النسائي .

ورواه أبو داود الطيالسي ولفظه : «لا نكاح إلا بولي . وأيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل . وإن لم يكن لها ولي فالسلطان ولي من لا ولي له»[2] .

فإن قيل : فإن الزهري راويه وقد أنكره ، وقال ابن جريج : سألت الزهري عنه فلم يعرفه . قلنا : لم يقل هذا عن ابن جريج غير ابن علية ، كذلك قال أحمد ويحيى ، ولو ثبت هذا لم يكن فيه حجة ؛ لأنه قد نقله عنه ثقات فلو نسيه الزهري لم يضره ؛ لأن النسيان لم يسلم منه إنسان قال عليه الصلاة والسلام : «نسي آدم فنسيت ذريته»[3] .

ولأنها مولى عليها في النكاح فلا تليه كالصغيرة .

إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز لها تزويج أحد ، وعن أحمد : لها تزويج أمتها وهذا يدل على صحة عبارتها في النكاح ، فيخرج منه أن لها تزويج نفسها بإذن وليها وتزويج غيرها بالوكالة ، وهو مذهب محمد بن الحسن لقول النبي ﷺ : «أيما امرأة زوجت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل»[4] فمفهومه صحته بإذنه .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٨٣) ٢: ٢٢٩ الموضع السابق.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٠٢) الموضع السابق.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٧٩) الموضع السابق.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٤٤١٧) ٦: ٦٦.

(٢) أخرجه أبو داود الطيالسي في مسنده (١٤٦٣) ٢٠٦ .

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (٣٠٧٦) ٥: ٢٦٧ كتاب تفسير القرآن ، باب ومن سورة الأعراف.

(٤) سبق تخريجه ص: ٣٦٥.

ولأن المرأة إنما منعت الاستقلال بالنكاح لقصور عقلها ، فلا يؤمن انخداعها ووقوعه منها على وجه المفسدة ، وهذا مأمون فيما إذا أذن فيه وليها ، والصحيح الأول ؛ لعموم قوله : « لا نكاح إلا بولي »[1] وهذا يقدم على دليل الخطاب والتخصيص هاهنا خرج مخرج الغالب ، فإن الغالب أنها لا تزوج نفسها إلا بغير إذن وليها . والعلة في منعها صيانتها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها إلى الرجال وذلك ينافي حال أهل الصيانة والمروءة .

الحكم الثاني : أن النكاح لا ينعقد إلا بشاهدين هذا هو المشهور عن أحمد ، وروي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وهو قول أبي حنيفة والشافعي . وعن أحمد أنه يصح بغير شهود ، فعله ابن عمر والحسن بن علي وابن الزبير وسالم وحمزة ابنا ابن عمر وهو قول مالك إذا أعلنوه .

قال ابن المنذر : لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر ، وقال ابن عبد البر : قد روي عن النبي ﷺ : « لا نكاح إلى بولي وشاهدين عدلين »[2] من حديث ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر إلا أن في نقله ذلك ضعفاً فلم أذكره .

قال ابن المنذر : وقد أعتق النبي ﷺ صفية بنت حيي وتزوجها بغير شهود .

وقال يزيد بن هارون : أمر الله بالإشهاد في البيع دون النكاح فاشترط أصحاب الرأي الشهادة للنكاح ولم يشترطوها للبيع .

والأول أصح ؛ لأن النبي ﷺ قال : « لا نكاح إلى بولي مرشد وشاهدي عدل »[3] ذكره الإمام أحمد في رواية ابنه عبدا لله ورواه الخلال بإسناده .

وروى الدارقطني بإسناده عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال : « لا بد في النكاح من أربعة : الولي والزوج والشاهدان »[4] .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣٦٤.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ١٢٥ كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ١٢٦ الموضع السابق.

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه (١٩) ٣: ٢٢٤ كتاب النكاح .

ولأنه يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو الولد، فاشترطت الشهادة فيه؛ لئلا يجحده أبوه فيضيع نسبه بخلاف البيع. وأما نكاح النبي ﷺ بغير ولي وغير شهود فمن خصائصه في النكاح فلا يلحق به غيره.

الحكم الثالث: أنه لا ينعقد إلا بشهادة مسلمين سواء كان الزوجان مسلمين أو الزوج وحده، نص عليه أحمد وهو قول الشافعي. قال أبو الخطاب: ويتخرج إذا كانت المرأة ذمية صح بشهادة ذميين مبنياً على الرواية التي تقول بشهادة بعض أهل الذمة على بعض وهو مذهب أبي حنيفة. والأول أصح؛ لقول النبي ﷺ: «لا نكاح إلى بولي وشاهدَي عدل»[1].

ولأنه نكاح مسلم. فلم ينعقد بشهادة ذميين؛ كنكاح المسلمين.

مسألة: **(وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها).**

إنما قيّد المرأة بالحرية ههنا؛ لأن الأمة لا ولاية لأبيها عليها، وإنما وليها سيدها بغير خلاف علمناه، وأما المرأة الحرة فأولى الناس بتزويجها أبوها، ولا ولاية لأحد معه وبهذا قال الشافعي، وهو المشهور عن أبي حنيفة؛ لأن الولد موهوب لأبيه قال الله: ﴿ووهبنا له يحيى﴾ [الأنبياء:٩٠] وقال زكريا: ﴿رب هب لي من لدنك ذرية طيبة﴾ [آل عمران:٣٨] وقال: ﴿فهب لي من لدنك وليا﴾ [مريم:٥] وقال إبراهيم: ﴿الحمد لله الذي وهب لي على الكبر إسماعيل وإسحاق﴾ [إبراهيم:٣٩].

وقال النبي ﷺ: «أنت ومالُك لأبيك»[2] وإثبات ولاية الموهوب على الهبة أولى من العكس.

ولأن الأب أكمل نظراً وأشد شفقة فوجب تقديمه في الولاية كتقديمه على الجد.

---

(١) سبق تخريجه قريباً.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٩١) ٢: ٧٦٩ كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده، عن جابر بن عبدالله.

وأخرجه أحمد في مسنده (٦٩٠٢) ٢: ٢٠٤ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

ولأن الأب يلي ولده في صغره وسفهه وجنونه فيليه في سائر ما تثبت الولاية عليه فيه بخلاف الابن ولذلك اختص بولاية المال وجاز له أن يشتري لها من ماله، وله من مالها إذا كانت صغيرة بخلاف غيره.

ولأن الولاية احتكام، واحتكام الأصل على فرعه أولى من العكس.

مسألة: **(ثم أبوه وإن علا)**.

يعني أن الجد أبا الأب وإن علت درجته فهو أحق بالولاية من الابن وسائر الأولياء وهو قول الشافعي.

وعن أحمد تقديم الابن على الجد وهو قول مالك؛ لأنه أولى منه بالميراث وأقوى تعصيباً؛ ولهذا يرث بولاية أبيه دون جده.

وعن أحمد تقديم الأخ على الجد وهو قول مالك أيضاً؛ لأن الجد يدلي بأبوة الأب والأخ يدلي ببنوّته والبنوّة مقدمة.

وعن أحمد أن الجد والأخ سواء لاستوائهما في الميراث بالتعصيب، واستوائهما في القرابة، فوجب أن يستويا في الولاية كالأخوين.

ولأنهما عصبتان لا يسقط أحدهما بالآخر فاستويا في الولاية؛ كالأخوين.

ووجه قول الخرقي أن الجد له إيلاد وتعصيب فيقدم عليهما كالأب.

ولأن الابن والأخ يقادان بها ويقطعان بسرقة مالها، والجد بخلافه، والجد لا يسقط في الميراث إلا بالأب والأخ يسقط به وبالابن وابنه، وإذا ضاق المال وفي المسألة جد وأخ سقط الأخ وحده فوجب تقديمه عليهما كالأب وكتقديمه على العم وسائر العصبات.

إذا ثبت هذا فالجد وإن علا أولى من جميع العصبات غير الأب وأولى الأجداد أقربهم وأحقهم بالميراث.

مسألة: **(ثم ابنها وابنه وإن سفل)**.

ومعناه أنه متى عدم الأب وآباؤه فأولى الناس بتزويج المرأة ابنها ثم ابنه بعده وإن نزلت درجته الأقرب فالأقرب منهم وبه قال أبو حنيفة وأصحابه؛ لما روي عن أم سلمة «أنها لما بعث النبي ﷺ يخطبها قالت: يا رسول الله ليس أحد من

أوليائي شاهد قال : ليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك فقالت لابنها : يا عمر قم فزوج رسول الله فزوجه »[1] رواه أحمد والنسائي .

قال الأثرم : قلت لأبي عبدالله : فحديث عمر بن أبي سلمة حين تزوج النبي ﷺ أمه أم سلمة أليس كان صغيراً قال : ومن يقول كان صغيراً ليس فيه بيان .

ولأنه عدل من عصبتها فتثبت له ولاية تزويجها كأخيها .

إذا ثبت هذا فإنه يقدم على الأخ ومن بعده بغير خلاف نعلمه عند من يقول بولايته ؛ لأنه أقوى منه تعصيباً ، وقد استويا في عدم الإيلاد .

مسألة : **(ثم أخوها لأبيها وأمها)** .

لا خلاف بين أهل العلم في تقديم الأخ بعد عمودي النسب لكونه أقرب العصبات بعدهم ، فإنه ابن الأب وأقواهم تعصيباً وأحقهم بالميراث .

مسألة : **(والأخ للأب مثله)** .

اختلفت الرواية عن أحمد في الأخ للأبوين والأخ للأب إذا اجتمعا فالمشهور عنه أنهما سواء في الولاية وبه قال الشافعي في القديم ؛ لأنهما استويا في الإدلاء بالجهة التي تستفاد منها العصوبة وهي جهة الأب فاستويا في الولاية كما لو كانا من أب وأم ، وإنما يرجح الآخر في الميراث بجهة الأم ولا مدخل لها في الولاية ، فلم يرجح بها كالعمّين أحدهما خال وابني عم أحدهما أخ لأم .

والرواية الثانية : الأخ من الأبوين أولى اختارها أبو بكر وهي قول أبي حنيفة ومالك والشافعي في الجديد وهو الصحيح عندي ؛ لأنه حق يستفاد بالتعصيب فقدم فيه الأخ من الأبوين كالميراث وكاستحقاق الميراث بالولاء فإنه لا مدخل للنساء فيه ، وقد قدم الأخ للأبوين فيه ، وبهذا يبطل ما ذكرناه للرواية الأولى وهكذا الخلاف في بني الإخوة والأعمام وبنيهم .

مسألة : **(ثم أولادهم وإن سفلوا ، ثم العمومة ، ثم أولادهم وإن سفلوا ثم عمومة الأب)** .

---

(١) أخرجه النسائي في سننه (٣٢٥٤) ٦: ٨١ كتاب النكاح، انكاح الابن أمه .
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٦١٥٧) طبعة إحياء التراث.

ومعناه أن الولاية بعد من ذكرنا تترتب على ترتيب الإرث بالتعصيب فأحقهم بالميراث أحقهم بالولاية فأولاهم بعد الآباء بنو المرأة ثم بنوهم وإن سفلوا ثم بنو أبيها وهم الإخوة ثم بنوهم وإن سفلوا ثم بنو جدها وهم الأعمام ثم بنوهم وإن سفلوا ثم بنو جد الأب وهم أعمام الأب ثم بنوهم وإن سفلوا ثم بنو جد الجد ثم بنوهم. وعلى هذا لا يلي بنو أب أعلا مع بني أب أقرب منه وإن نزلت درجتهم، وأولى ولد كل أب أقربهم إليه؛ لأن مبنى الولاية على النظر والشفقة وذلك معتبر بمظنته وهي القرابة فأقربهم أشفقهم ولا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم ولا ولاية لغير العصبات من الأقارب كالأخ من الأم والخال وعم الأم والجد أبي الأم ونحوهم نص عليه أحمد في مواضع وهو قول الشافعي وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة؛ لما روي عن علي أنه قال: «إذا بلغ النساء نص الحقاق فالعصبة أولى»[1] رواه أبو عبيد في الغريب.

ولأنه ليس من عصباتها فأشبه الأجنبي وإلحاق الخصومة، وهو أن يقول كل واحد من الخصمين: أنا أحق به ونص الشيء غائبه ومنتهاه، فمعنى بلغت نص الحقاق بلغت غاية البلوغ. وقيل: أراد بلوغ العقل والإدراك؛ لأنه منتهى الأمر الذي تجب فيه الحقوق. وقيل المراد بلوغ المرأة إلى الحد الذي يجوز فيه تزويجها وتصرفها في أمرها تشبيهاً بالحقاق من الإبل جمع حق وحقة وهو الذي دخل في السنة الرابعة وعند ذلك يتمكن من ركوبه وتحمله. ويروى نص الحقائق جمع الحقيقة وهو ما يصير إليه حق الأمر ووجوبه أو جمع الحقة من الإبل ومنه قولهم فلان حامي الحقيقة إذا حمي ما يجب عليه حمايته.

مسألة: **(ثم المولى المنعم ثم أقرب عصبته به)**.

لا خلاف في أن المرأة إذا لم يكن لها عصبة من نسبها أن مولاها يزوجها، ولا في أن العصبة المناسب أولى منه، وذلك لأنه عصبة مولاته يرثها أو يعقل عنها عند عدم عصباتها فكذلك يزوجها وقدّم عليه المناسبون كما قدّموا عليه في الإرث

---

(١) رواه أبو عبيد في الغريب ٢: ١٤١.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ١٢٠ كتاب النكاح، باب ما جاء في إنكاح اليتيمة.

والعقل، فإن عدم المولى أو لم يكن من أهل الولاية كالمرأة والطفل والكافر فعصباته الأقرب منهم فالأقرب على ترتيب الميراث ثم مولى المولى، ثم عصباته من بعده كالميراث.

مسألة: (**ثم السلطان**).

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عَضْلِهم. والأصل فيه قول النبي ﷺ: «السلطان ولي من لا ولي له»[1].

وروى أبو داود بإسناده عن أم حبيبة «أن النجاشي زوَّجَها رسول الله ﷺ وكانت عنده»[2].

ولأن للسلطان ولاية عامة بدليل أنه يلي المال ويحفظ الضوال. فكانت له الولاية في النكاح؛ كالأب. والسلطان هاهنا الإمام أو الحاكم أو من فوّضا إليه ذلك.

مسألة: (**ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وإن كان حاضراً**).

لا نعلم خلافاً في جواز التوكيل في النكاح سواء كان الولي حاضراً أو غائباً مجبراً أو غير مجبر؛ لأنه يروى عن النبي ﷺ أنه وكّل أبا رافع في تزويجه ميمونة[3]، ووكل عمرو بن أمية في تزويجه أم حبيبة[4].

ولأنه عقد معاوضة فجاز التوكيل فيه كالبيع.

فصل

ولا يعتبر في صحة الوكالة إذن المرأة في التوكيل، سواء كان الموكل أباً أو غيره، ولا يفتقر إلى حضور شاهدين، وخرّجه القاضي على الروايتين في توكيل

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣٦٥.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٨٦) ٢: ٢٢٩ كتاب النكاح، باب في الولي.

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (٨٤١) ٣: ٢٠٠ كتاب الحج، باب ما جاء في كراهية تزويج المحرم.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٧٢٤٠) ٦: ٣٩٣.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ١٣٩ كتاب النكاح، باب الوكالة في النكاح.

الوكيل من غير إذن الموكل ، والصحيح أنه يصح من غير إذن المرأة ؛ لأنه أذن من الولي في التزويج فلم يفتقر إلى إذن المرأة كإذن الحاكم ، ويثبت للوكيل مثل ما ثبت للموكل من الإجبار وغيره ؛ لأنه نائب فيثبت له مثل ما يثبت لمن ينوب عنه ، وكذلك الحكم في السلطان والحاكم يأذن لغيره في التزويج فيكون المأذون له قائماً مقامه .

مسألة : **(وإذا كان الأقرب من عصبتها طفلاً أو عبداً أو كافراً زوَّجها الأبعد من عصبتها)** .

لا خلاف في أن الولاية لا تثبت لطفل ولا عبد ولا كافر على مسلمة حرة الأصل بحال ، فعند ذلك يكون وجودهم كالعدم ، فتثبت الولاية لمن هو أبعد منهم كما لو ماتوا ، ويعتبر لثبوت الولاية لمن سمينا ستة شروط : العقل والحرية والإسلام والذكورية والبلوغ والعدالة على خلاف في البلوغ والعدالة .

مسألة : **(ويزوج أمة المرأة بإذنها من يزوجها)** .

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن يزوج أمة المرأة فالذي نقل الخرقي أنه يلي نكاحها ولي سيدتها قال القاضي : هذا هو الصحيح وهو مذهب الشافعي ؛ لأن مقتضى الدليل كون الولاية لها فامتنعت في حقها لقصورها فتثبت لأوليائها كولاية نفسها .

ولأنهم يلونها لو عتقت ففي حال رقها أولى ، ثم إن كانت سيدتها رشيدة لم يجز تزويج أمها إلا بإذنها ؛ لأنها مالها ، ولا يجوز التصرف في مال رشيد بغير إذنه ، ويعتبر نطقها بذلك وإن كانت بكراً ؛ لأن صماتها إنما اكتفي به في تزويج نفسها لحيائها ، ولا تستحيي من تزويج أمتها وإن كانت غير مكلفة أو سفيهة ولوليها ولاية على مالها ، فله تزويج أمتها إن كان الحظ في تزويجها وإلا فلا يملك تزويجها ، وكذلك الحكم في أمة ابنه الصغيرة . ونقل عن أحمد أن للمرأة أن تولي أمر أمتها رجلاً يزوجها ؛ لأن سبب الولاية الملك وقد تحقق في المرأة وامتنعت

المباشرة لنقص الأنوثة فملكت التوكيل كالرجل المريض[1] والغائب . ونقل عن أحمد كلام يحتمل رواية ثالثة وهو أن سيدتها تزوجها فإنه قيل له : تزوج أمتها ؟ قال : قد قيل ذلك هي مالها وهذا يحتمل أنه ذهب إليه وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنها مالكة لها وولايتها تامة عليها فملكت تزويجها كالسيد .

ولأنها تملك بيعها وإجارتها فملكت تزويجها كسيدها .

ولأن الولاية إنما تثبت للمرأة لتحصيل الكفاءة وصيانةً لحظ الأولياء في تحصيلها ، فلا تثبت عليها به الولاية في أمتها لعدم اعتبار الكفاءة وعدم الحق للأولياء فيها ، ويحتمل أن أحمد قال هذا حكاية لمذهب غيره فإنه قال في سياقها : أحب إلي أن تأمر زوجها ؛ لأن النساء لا يعقدن . وقالت عائشة : زوجوا فإن النساء لا يزوجن واعقدوا فإن النساء لا يعقدن .

ولأن المرأة لا تملك أن تزوج نفسها فغيرها أولى .

مسألة : **(ويزوج مولاتها من يزوج أمتها)** .

يعني عتيقتها . وهذه فيها الروايتان إحداهما : أن لمولاتها التوكيل في تزويجها رجلاً ؛ لأنها عصبتها وترثها بالتعصيب فأشبهت العتق .

والثانية : ولي سيدتها وليها وهي أصح ؛ لأن هذه ولاية لنكاح حرة ، والمرأة ليست من أهل ذلك فيكون إلى عصباتها ؛ لأنهم الذين يعقلون عنها ويرثونها بالتعصيب عند عدم سيدتها ، فكانوا أوليائها كما لو تعذر على المعتق تزويج معتقته لموت أو جنون . وقد ذكرنا أنه إذا انقرض العصبة من النسب ولي المولى المعتق ثم عصباته من بعده الأقرب فالأقرب ، كذا هاهنا قرب كذا هاهنا إلا أن ظاهر كلام الخرقي هاهنا تقديم أبي المعتقة على أبيها ؛ لأنه الذي يزوجها ، والمذهب أنه إذا اجتمع ابن المعتق وأبو المعتق ، فالابن أولى ؛ لأنه أحق بالميراث وأقوى في التعصيب . وإنما قدم الأب المناسب على الابن المناسب لزيادة شفقته وفضله وولادته وهذا معدوم في أبي المعتق ، فرجع فيه إلى الأصل .

(١) زيادة من المغني ٧: ٣٥٩.

ويعتبر في ولاية عصبة المعتقة شرطان :أحدهما : عدم العصبة من النسب ؛ لأن المناسب أقرب من المعتق وأولى منه .

والثاني : إذن الزوجة ؛ لأنها حرة وليست له ولاية إجبار فإنه أبعد العصبات ولا يفتقر إلى إذن مولاتها ؛ لأنها لا ولاية لها ولا ملك فأشبهت القريب الطفل إذا زوج البعيد .

مسألة : (**ومن أراد أن يتزوج امرأة هو وليها ، جعل أمرَها إلى رَجل يُزوِّجُها منه بإذنها**) .

أما ولي المرأة التي يحل له نكاحها وهو ابن العم والمولى والحاكم والسلطان إذا أذنت له أن يتزوجها فله ذلك . وهل له أن يلي طرفي العقد بنفسه ؟ فيه روايتان :

إحداهما : له ذلك وهو قول أبي حنيفة ومالك ؛ لما روى البخاري في صحيحه عن عبدالرحمن بن عوف أنه قال لأم حكيم ابنة قارظ[1] : «أتجعلين أمرك إليَّ ؟ قالت : نعم . قال : قد تزوجتك»[2] .

ولأنه يملك الإيجاب والقبول . فجاز أن يتولاهما ؛ كما لو زوج عبده الصغير أمته .

ولأنه عقد وجد فيه الإيجاب من ولي ثابت الولاية والقبول من زوج هو أهل للقبول . فصح ؛ كما لو وجدا من رجلين .

وقد روي «أن النبي ﷺ أعتق صفية وتزوجها وجعل عتقها صداقها»[3] رواه البخاري .

وهل يفتقر إلى ذكر الإيجاب والقبول أو يكتفي بمجرد الإيجاب فيه وجهان :

أحدهما : يحتاج أن يقول : زوجت نفسي فلانة وقبلت هذا النكاح ؛ لأن ما افتقر إلى الإيجاب افتقر إلى القبول كسائر العقود .

---

(١) في الأصل: قارض . وما أثبتناه من الصحيح.

(٢) ذكره البخاري في صحيحه تعليقاً ٥: ١٩٧٢ كتاب النكاح، باب إذا كان الولي هو الخاطب.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٩٦٤) ٤: ١٥٣٨ كتاب المغازي، باب غزوة خيبر .

والثاني : يكفيه أن يقول : زوجت نفسي فلانة ، أو تزوجت فلانة ، وهو قول أبي حنيفة ومالك ؛ لحديث عبدالرحمن بن عوف .

ولأن إيجابه يتضمن القبول فأشبه إذا تقدم الاستدعاء ولهذا قلنا : إذا قال لأمته : قد أعتقتك وجعلت عتقك صداقك انعقد النكاح بمجرد هذا القول .

والرواية الثانية : لا يجوز أن يتولى طرفي العقد ، لكن يوكل رجلاً يزوجه إياها بإذنها .

قال أحمد في رواية ابن منصور : لا يزوج نفسه حتى يولي رجلاً على حديث المغيرة بن شعبة وهو ما روى أبو داود بإسناده عن عبدالملك بن عمير قال : «إن المغيرة بن شعبة أَمَر رجلاً زوّجه امرأة . المغيرة أولى بها منه»[1] .

ولأنه عقد ملكه بالإذن فلم يجز أن يتولى طرفيه كالبيع . وبهذا فارق ما إذا زوج أمته عبده الصغير ، وعلى هذه الرواية إن وكل من يقبل له النكاح وتولى هو الإيجاب جاز .

فصل

إذا أذنت له في تزويجها و لم تعين الزوج لم يجز أن يزوجها نفسه ؛ لأن إطلاق الإذن يقتضي تزويجها غيره ، ويجوز تزويجها لولده ؛ لأنه غيره ، فإن زوجها لابنه الكبير قبل لنفسه ، وإن زوجها لابنه الصغير ففيه الروايتان في تولي طرفي العقد ، فإن قلنا لا يتولاه فوكل رجلاً يزوجها لولده وقبل هو النكاح له افتقر إلى إذنها للوكيل على ما قدمنا في أن الوكيل لا يزوجها إلا بإذنها ، وإن وكل رجلاً يقبل النكاح لولده وأوجب هو النكاح لم يحتج إلى إذنها ؛ لأنها قد أذنت له ، وإن زوج أمته عبده الصغير جاز أن يتولى طرفي العقد ؛ لأنه ملك ذلك بحكم الملك لا بحكم الإذن في قولهم جميعاً ، وإن كان مالكاً لأحد طرفي العقد فوكله مالك الطرف الآخر فيه أو وكله الولي في الإيجاب والزوج في القبول خرج فيه وجهان بناء على الروايتين ؛ لأنه ملك ذلك بالإذن وإن زوّج ابنته الكبيرة عبده الكبير لم يجز ذلك

(١) ذكره البخاري في صحيحه تعليقاً ٥: ١٩٧٢ كتاب النكاح، باب إذا كان الولي هو الخاطب.

إلا برضاها ؛ لأنها لا يكاد[1] يكافئها فيخرج فيه أيضاً وجهان . وإن زوجه ابنته الصغيرة لم يجز ؛ لأنه لا يجوز له تزويجها ممن لا يكافئها . وعنه يجوز . وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى .

مسألة : (ولا يزوج كافر مسلمة بحال ، ولا مسلم كافرة إلا أن يكون المسلم سلطاناً أو سيد أمة) .

أما الكافر فلا ولاية له على مسلم بحال بإجماع أهل العلم ، إلا أن أبا الخطاب قال في الذمي : إذا أسلمت له أم ولد هل يلي نكاحها ؟ على وجهين :

أحدهما : يليه ؛ لأنها مملوكته فيلي نكاحها كالمسلم .

ولأنه عقد عليها فيليه كإجارتها .

والثاني : لا يليه ؛ لقول الله تعالى : ﴿والمؤمنون والمؤمنات[2] بعضهم أولياء بعض﴾ [التوبة :٧١] .

ولأنها مسلمة فلا يلي نكاحها كابنته .

فعلى هذا يزوجها الحاكم ، وهذا أولى ؛ لما ذكرنا من الإجماع .

وأما المسلم فلا ولاية له على الكافرة في غير السيد والسلطان ، وولي سيد الأمة الكافرة بغير خلاف نعلمه ؛ لقوله تعالى : ﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾ [الأنفال :٧٣] .

ولأن مختلفي الدين لا يرث أحدهما الآخر ولا يعقل عنه فلم يل عليه كما لو كان أحدهما رقيقاً .

وأما سيد الأمة الكافرة فله تزويجها لكافر لكونها لا تحل للمسلمين وكذلك ولي سيد الأمة الكافرة يلي تزويجها لكافر ؛ لأنها ولاية بالملك . فلم يمنعها كون سيد الأمة الكافرة مسلماً ؛ كسائر الولايات .

ولأن هذه تحتاج إلى التزويج ولا ولي لها غير سيدها .

(١) زيادة من المغني ٧: ٣٦٣.
(٢) ساقط من الأصل.

وأما السلطان فله الولاية على من لا ولي لها من أهل الذمة ؛ لأن ولايته على أهل دار الإسلام ، وهذه من أهل الدار فتثبت له الولاية عليها كالمسلمة .

وأما الكافر فتثبت له الولاية على أهل دينه على حسب ما ذكرناه في المسلمين ، وتعتبر فيهم الشروط المعتبرة في المسلمين ويخرج في اعتبار عدالته في دينه وجهان بناء على الروايتين في اعتبارها في المسلمين .

مسألة : (**وإذا زوجها من غيره أولى منه وهو حاضر ولم يعضلها فالنكاح فاسد**) .

هذه المسألة تشتمل على ثلاثة أحكام :

الأول : أنه إذا زوجها الأبعد مع حصول الولي الأقرب وإجابته إلى تزويجها من غير إذنه لم يصح وبهذا قال الشافعي ؛ لأن هذا حكم يستحق بالتعصيب فلم يثبت للأبعد مع وجود الأقرب كالميراث ، وبهذا فارق القريب البعيد .

الحكم الثاني : أن هذا العقد يقع فاسداً لا يقف على الإجازة ولا يصير بالإجازة صحيحاً ، وكذلك الحكم إذا زوج الأجنبي أو زوجت المرأة المعتبر إذنها بغير إذنها ، أو تزوج العبد بغير إذن سيده فالعقد في هذا كله باطل في أصح الروايتين ، نص عليه أحمد في مواضع وبه قال الشافعي .

والرواية الأخرى : أنه يقف على الإجازة فإن أجازه جاز وإن لم يجزه فسد وهذا مذهب أبي حنيفة في كل مسألة يعتبر فيها الإذن ؛ لما روي «أن جارية بكراً أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي عليه السلام»[1] رواه أبو داود وابن ماجة .

وعن عبدالله بن بريدة عن أبيه قال : «جاءت فتاة[2] إلى رسول الله ﷺ فقالت : إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفَع بي خَسِيسَتَه قال : فجعل الأمر إليها فقالت : قد أجزت ما صنع أبي ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٩٦) ٢: ٢٣٢ كتاب النكاح، باب في البكر يزوجها أبوها ولا يستأمرها. وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٧٥) ١: ٦٠٣ كتاب النكاح ، باب من زوج ابنته وهي كارهة.

(٢) في الأصل: قتادة. وما أثبتناه من السنن.

الأمر شيء»[1] رواه ابن ماجة، ورواه أحمد والنسائي من حديث ابن بريدة عن عائشة.

ولأنه عقد يقف على الفسخ فوقف على الإجارة كالوصية.

ووجه الرواية الأولى وهي أصح قول النبي ﷺ: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل»[2].

وعن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «أيما عبد تزوج بغير إذن سيده فهو عاهر»[3] رواه أحمد وأبو داود والترمذي وحسنه.

ولأنه عقد لا تثبت فيه أحكامه من الطلاق والخلع واللعان والتوارث وغيرها فلم ينعقد كنكاح المعتدة.

وأما حديث المرأة التي خيّرها النبي عليه السلام فهو مرسل عن عكرمة رواه الناس كذلك و لم يذكروا ابن عباس قاله أبو داود. ثم يحتمل أن هذه المرأة هي التي قالت: زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته فتخيرها لتزويجها من غير كفؤ لها، وهذا يثبت الخيار ولا يبطل النكاح والوصية يتراخى فيها القبول وتجوز بعد الموت فهي معدول بها عن سائر التصرفات ولا تفريع على هذه الرواية لوضوحها. وأما على الرواية الأخرى فإن الشهادة تعتبر في العقد؛ لأنها شرط له، فيعتبر وجودها معه كالقبول ولا تعتبر في الإجازة؛ لأنها ليست بعقد.

ولأنها إذا وجدت استند الملك إلى حالة العقد حتى لو كان في العقد نماء ملك من حين العقد لا من حين الإجازة، وإن مات أحدهما قبل الإجازة لم يرثه الآخر؛ لأنه مات قبل تمام العقد وصحته. وفيه وجه آخر إن كان مما لو رفع إلى

---

(١) أخرجه النسائي في سننه (٣٢٦٩) ٦: ٨٦ كتاب النكاح، البكر يزوجها أبوها وهي كارهة.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٧٤) ١: ٦٠٢ كتاب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٤٥٢٢) طبعة إحياء التراث.

(٢) سبق تخريجه ص: ٣٦٥.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٧٨) ٢: ٢٢٨ كتاب النكاح، باب في نكاح العبد بغير إذن سيده.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١١١) ٣: ٤١٩ كتاب النكاح، باب ما جاء في نكاح العبد بغير إذن سيده.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٥٩) ١: ٦٣٠ كتاب النكاح، باب تزويج العبد بغير إذن سيده.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٥٠٧٣) ٣: ٣٧٧.

الحاكم أجازه ورثة الآخر ؛ لأنه عقد تلزمه إجازته فهو كالصحيح وإن كان مما ينسخه لم يرثه .

الحكم الثالث : أنه إذا عضلها وليها الأقرب جاز للولي الأبعد تزويجها ، نص عليه أحمد ، وعنه رواية أخرى يزوجها السلطان وهو اختيار أبي بكر وذكر ذلك عن عثمان . وبه قال الشافعي ؛ لقوله عليه السلام «فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»[1] .

ولأن ذلك حق عليه امتنع من أدائه فقام الحاكم مقامه ، كما لو كان عليه دين فامتنع من قضائه .

ووجه ما نقله الخرقي -وهو أصح- أنه تعذر التزوج من جهة الأقرب فملكه الأبعد ، كما لو جُنَّ .

ولأنه يفسق بالعضل فيزوج الأبعد كما لو شرب الخمر .

فإن عضل الأولياء كلهم زوج الحاكم . والحديث حجة لنا . لقوله : «السلطان ولي من لا ولي له» . وهذه لها ولي .

ويمكن حمله على ما إذا[2] عضل الكل ؛ لأنه قوله : «فإن اشتجروا» فيه ضمير جمع يتناول الكل .

والولاية تخالف الدين من وجوه ثلاثة :

أحدها : أنه حق للولي ، والدين عليه .

والثاني : أنه الدين لا ينتقل عنه ، والولاية تنتقل لعارض من جنون الولي وفسقه وموته .

الثالث : أن الدين لا يُعتبر في بقائه العدالة ، والولاية تعتبر لها ذلك .

وقد زالت العدالة بما ذكرنا .

فإن قيل : فلو زالت ولايته لما صح منه التزويج إذا أجاب إليه .

(١) سبق تخريجه ص: ٣٦٥.

(٢) زيادة من المغني ٧: ٣٦٨.

قلنا : فسقه بامتناعه . فإذا أجاب فقد نزع عن المعصية وراجع الحق . فزال فسقه . فلذلك صح تزويجه .

فصل

ومعنى العَضْل : منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه .

قال معقل بن يسار : « كانت لي أخت تخطب إليه وأتاني ابن عمر لي فأنكحتها إياه . ثم طلقها طلاقاً رجعياً ثم تركها حتى انقضت عدتها . فلما خطبت إلي أتاني يخطبها . فقلت : لا والله لا أُنكحها أبدا . قال : ففيّ نزلت هذه الآية : ﴿وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينحكن أزواجهن . . . الآية﴾ [البقرة:٢٣٢] . قال : فكفرت عن يميني وأنكحتها إياه »[1] . رواه البخاري والترمذي وصححه . ولم يذكر التكفير .

وسواء طلبت التزويج بمهر مثلها أو دونه . وبهذا قال الشافعي وصاحبا أبي حنيفة ؛ لأن المهر خالص حقها ، وعوض يختص بها . فلم يكن لهم الاعتراض عليها فيه ؛ كثمن عبدها وأجرة دارها .

ولأنها لو أسقطته بعد وجوبه سقط كله فبعضه أولى .

فإن رغبت في كفء بعينه وأراد تزويجها بغيره من أكفائها وامتنع من تزويجها من الذي أرادته كان عاضلا لها .

وأما إن طلبت التزويج من غير كفء فله منعها من ذلك ، ولا يكون عاضلا لها بهذا ؛ لأنها لو زُوجت من غير كفء كان له فسخ النكاح . فلأن تمنع من ابتدائه أولى وأحرى .

مسألة : **(وإن كان وليها غائباً في موضع لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه : زوّجها من هو أبعد منه من عصبتها ، فإن لم يكن فالسلطان) .**

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٣٧) ٥: ١٩٧٢ كتاب النكاح ، باب من قال: لا نكاح إلا بولي.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٠٨٧) ٢: ٢٣٠ كتاب النكاح، باب في العضل .
وأخرجه الترمذي في جامعه (٢٩٨١) ٥: ٢١٦ كتاب تفسير القرآن، باب ومن سورة البقرة.

هذه المسألة تشتمل على حكمين :

الأول : أن الأقرب إذا غاب غيبة منقطعة فللأبعد من عصبتها تزويجها دون الحاكم . وبهذا قال أبو حنيفة .

وخرَّج بعض أصحابنا أن للحاكم تزويجها . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه[1] تعذر الوصول إلى النكاح من الأقرب مع بقاء ولايته ، فيقوم الحاكم مقامه ، كما لو عضلها .

ولأن الأبعد محجوب بولاية الأقرب . فلا يجوز له التزويج كما لو كان حاضرا . ودليل بقاء ولايته أنه لو زوج من حيث هو أو وكل صح .

والأول المذهب ؛ لقوله عليه السلام : «السلطان ولي من لا ولي له»[2] وهذه لها ولي . فلا يكون السلطان وليا لها .

ولأن الأقرب تعذر حصول التزويج منه ، فثبتت الولاية لمن يليه من العصبات ، كما لو مات أو جن .

ولأنها حالة يجوز فيها التزويج لغير الأقرب ، فكان ذلك للأبعد كالأصل .

وإذا عضلها الأقرب فهو كمسألتنا .

الحكم الثاني : في الغيبة المنقطعة التي يجوز للابعد التزويج في مثلها ، ففي قول الخرقي : هي ما لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه . لأن مثل هذا تتعذر مراجعته بالكلية . فتكون منقطعة . أي تنقطع عن إمكان تزويجها .

وقال القاضي : يجب أن يكون حد المسافة أن لا تتردد القوافل فيه في السنة إلا مرة ؛ لأن الكفء يتنظر سنة ولا ينتظر أكثر منها ، فيلحق الضرر بترك تزويجها . وقد قال أحمد في موضع : إذا كان الأب بعيد السفر يُزوج الأخ .

قال أبو الخطاب : فيحتمل أنه أراد بالسفر البعيد ما تقصر فيه الصلاة ؛ لأن ذلك هو السفر البعيد الذي عُلقت عليه الأحكام .

---

(١) في الأصل : لأن . وما أثبتناه من المغني ٧: ٣٧٠.

(٢) سبق تخريجه ص: ٣٦٥.

وذهب أبو بكر إلى أن حدها ما لا يُقطع إلا بكُلفة ومشقة . نص عليه أحمد . وهذا القول أقرب إلى الصواب ؛ لأن التحديدات بابها التوقيف . ولا توقيف في هذه المسألة . فيرد إلى ما يتعارفه الناس بينهم فيما لم تجر العادة بالانتظار فيه ، ويلحق المرأة الضرر بمنعها من التزويج في مثله . فإنه يتعذر في ذلك الوصول إلى المصلحة من نظر الأقرب . فيكون كالمعدوم .

والتحديد بالعام كثير . فإن الضرر يلحق بالانتظار في مثل ذلك ، ويذهب الخاطب .

ومن لا يصل الكتاب منه أبعد . ومن هو على مسافة القصر لا تلحق المشقة في مكاتبته . والتوسط أولى .

المسألة : **(وإذا زُوِّجت من غير كُفء فالنكاح باطل)** .

اختلفت الرواية عن أحمد في اشتراط الكفاءة لصحة النكاح فروي عنه أنها شرط له ؛ لقول النبي ﷺ : «لا تُنكحُوا النساء إلا الأكْفاءَ، ولا يزوّجُهن إلا الأولياء»[1] رواه الدارقطني إلا أن ابن عبدالبر قال : هذا ضعيف لا أصل له ولا يحتج بمثله .

والرواية الأخرى عن أحمد أنها ليست شرطاً للنكاح وهذا قول أكثر أهل العلم روي نحو هذا عن ابن عمر وابن مسعود ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي وهي أصح عندي لقوله تعالى : ﴿إن أكرمكم عند الله أتقاكم﴾ [الحجرات :١٣] .

وعن عائشة «أن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة تبنّى سالماً وأنكحه ابنة أخيه هند ابنة الوليد بن عتبة وهو مولى لامرأة من الأنصار»[2] رواه البخاري وأبو داود والنسائي .

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (١١) ٣: ٢٤٥ كتاب النكاح، باب المهر .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٧٧٨) ٤: ١٤٦٩ كتاب المغازي، باب شهود الملائكة بدرًا.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٠٦١) ٢: ٢٢٣ كتاب النكاح، باب فيمن حرم به.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٢٢٣) ٦: ٦٣ كتاب النكاح، تزوج المولي العربية.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٥٦٩٢) ٦: ٢٠١.

و «أمر النبي ﷺ فاطمة بنت قبيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه فنكحها بأمره»[1] أخرجاه .

و «زوّج أباه زيد بن حارثة ابنة عمه زينب بنت جحش الأسدية»[2] .

ولأن الكفاءة لا تخرج عن كونها حقاً للمرأة أو للأولياء أو لهما ، فلم يشترط وجودها كالسلامة من العيوب . وما روي فيها إن صح يدل على اعتبارها في الجملة ولا يلزم منه اشتراطها ؛ وذلك لأن للزوجة ولكل واحد من الأولياء فيها حقاً ، ومن لم يرض مهم فله الفسخ ، ولذلك لما زوج رجل ابنته من ابن أخيه ليرفع خسيسته جعل النبي عليه السلام لها الخيار فأجازت ما صنع أبوها ، ولو فقد الشرط لم يكن لها خيار ، وإذا قلنا باشتراطها فإنما يعتبر وجودها حال العقد ، فإن عدمت بعده لم يبطل النكاح ؛ لأن شروط النكاح إنما تعتبر لدى العقد ، وإن كانت معدومة حال العقد فالنكاح فاسد حكمه حكم العقود الفاسدة على ما مضى ، وإن قلنا ليست شرطاً فرضيت المرأة والأولياء كلهم لزم النكاح ، وإن لم يرض بعضهم صح النكاح ، ولمن لم يرض الفسخ ؛ لأن المرأة التي رفعت إلى النبي ﷺ أن أباها زوجها من غير كفؤ لها خيرها و لم يبطل النكاح من أصله .

ولأن العقد وقع بالإذن والنقص الموجود فيه لا يمنع صحته ، وإنما يثبت الخيار كالعيب من العنة وغيرها وإنما ثبت لكل واحد من الأولياء الفسخ ؛ لأنه ولي يلحقه العار ، ولا فرق فيه بين القريب والبعيد منهم ؛ لأن البعيد يلحقه من العار ما يلحق القريب فشرع له الفسخ كالقريب .

مسألة : (**والكُفء والدين والمنصِب**) .

يعني بالمنصب الحسب وهو النسب ، واختلفت الرواية عن أحمد في شروط الكفاءة ، فعنه هما شرطان الدين والمنصب لا غير ، وعنه أنها خمسة : هذان والحرية والصناعة واليسار .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٨٠) ٢: ١١١٤ كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثًا لا نفقة لها. و لم يرد في صحيح البخاري.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٠٦) ٣: ٣٠١ كتاب النكاح، باب المهر .

وذكر القاضي في المجرد أن فقد هذه الثلاثة لا يبطل النكاح رواية واحدة، وإنما الروايتان في الشرطين الأولين. قال: ويتوجه أن المبطل عدم الكفاءة في النسب لا غير؛ لأنه نقص لازم وما عداه غير لازم ولا يتعدى نقصه إلى الولد. وذكر في الجامع الروايتين في جميع الشروط. وذكره أبو الخطاب أيضاً، والدليل على اعتبار الدين قوله تعالى: ﴿أفمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستوون﴾ [السجدة:١٨].

ولأن الفاسق مرذول مردود الشهادة والرواية، غير مأمون على النفس والمال، مسلوب الولايات ناقص عند الله وعند خلقه، قليل الحظ في الدنيا والآخرة، فلا يجوز أن يكون كفؤاً لعفيفة ولا مساوياً لها لكن يكون كفؤاً لمثله، والدليل على اعتبار النسب في الكفاءة قول عمر: «لأمنعن فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء. قال: قلت: وما الأكفاء؟ قال: في الحسب»[(١)] رواه أبو بكر عبدالعزيز بإسناده.

ولأن العرب يعدون الكفاءة في النسب، ويأنفون من نكاح الموالي يرون ذلك نقصاً وعاراً، فإذا أُطلقت الكفاءة وجب حملها على التعارف.

ولأن فقد ذلك نقص وعار، فوجب أن يعتبر في الكفاءة كالدين.

فصل

فأما الحرية فالصحيح أنها من شروط الكفاءة فلا يكون العبد كفؤاً لحرة؛ لأن النبي ﷺ خيّر بريرة حين عتقت تحت عبد[(٢)] فإذا ثبت الخيار بالحرية الطارئة فبالحرية المقارنة أولى.

ولأن نقص الرق كثير، وضرره بيّن، فإنه مشغول عن امرأته بحقوق سيده، ولا ينفق نفقة الموسرين ولا ينفق على ولده، وهو كالمعدوم بالنسبة إلى نفسه، ولا يمنع صحة النكاح، فإن النبي عليه السلام قال لبريرة: «لو راجعتيه قالت: يا

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (١٩٥) ٣: ٢٩٨ كتاب النكاح، باب المهر.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٣٤) ٢: ٢٧٠ كتاب الطلاق، باب في المملوكة تعتق وهي تحت حر أو عبد.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٥٧٩٦) ٦: ٢٠٩.

رسول الله أتأمرني؟ قال: لا إنما أنا شفيع قالت: فلا حاجة لي فيه»[1] رواه البخاري.

ومراجعتُها له ابتداء نكاح، فإنه قد انفسخ نكاحها باختيارها، ولا يشفع إليها النبي ﷺ في أن تنكح عبداً إلا والنكاح صحيح.

فصل

وأما اليسار ففيه روايتان:

إحداهما: هو شرط في الكفاءة؛ لقوله عليه السلام: «الحسب المال»[2] وقال: «إن أحساب الناس بينهم في هذه الدنيا هذا المال»[3] وقال لفاطمة بنت قيس حين أخبرته أن معاوية خطبها: «أما معاوية فصعلوك لا مال له»[4].

ولأن على الموسرة ضرراً في إعسار زوجها لإخلاله بنفقتها ومؤنة أولاده، ولهذا ملكت الفسخ بإخلاله بالنفقة فكذلك إذا كان مقارناً.

ولأن ذلك معدود نقصاً في عرف الناس يتفاضلون فيه كتفاضلهم في النسب وأبلغ.

فكان من شروط الكفاءة كالنسب.

والثانية: ليس بشرط؛ لأن الفقر شرف في الدين، وقد قال عليه السلام: «اللهم أحيني مسكيناً وأمتني مسكيناً»[5] وليس هو أمراً لازماً فأشبه العافية في

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٩٧٩) ٥: ٢٠٢٣ كتاب الطلاق، باب شفاعة النبي ﷺ في زوج بريرة.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (٣٢٧١) ٥: ٣٩٠ كتاب تفسير القرآن، باب ومن سورة الحجرات.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٤٢١٩) ٢: ١٤١٠ كتاب الزهد، باب الورع والتقوى.

(٣) أخرجه النسائي في سننه (٣٢٢٥) ٦: ٦٤ كتاب النكاح، الحسب.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٢٤٨١) طبعة إحياء التراث.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٨٠) ٢: ١١١٤ كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها. ولم يرد في صحيح البخاري.

(٥) أخرجه الترمذي في جامعه (٢٣٥٢) ٤: ٥٧٧ كتاب الزهد، باب ما جاء أن فقراء المهاجرين يدخلون الجنة قبل أغنيائهم.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٤١٢٦) ٢: ١٣٨١ كتاب الزهد، باب مجالسة الفقراء.

المرض، واليسار المعتبر ما يقدر به على الإنفاق عليها حسب ما يجب لها ويمكنه أداء مهرها.

فصل

وأما الصناعة ففيها أيضاً روايتان:

إحداهما: أنها شرط من كان من أهل الصنائع الدنيئة كالحائك والحجام والحارس والكساح والدباغ والقيم والحمامي والزبال فليس بكفء لبنات ذوي المروءات وأصحاب الصنائع الجليلة كالتجارة والتّناثة[1]؛ لأن ذلك نقص في عرف الناس فأشبه نقص النسب وقد جاء في حديث: «العرب بعضهم لبعض أكفاء إلا حائكاً أو حجاماً»[2] قيل لأحمد: كيف تأخذ به وأنت تضعفه؟ قال: العمل عليه، يعني أنه ورد موافقاً لأهل العرف. والرواية الأخرى ليس بنقص ويروى نحوه عن أبي حنيفة؛ لأن ذلك ليس بنقص في الدين ولا هو لازم فأشبه الضعف والمرض، قال بعضهم:

ألا إنما التقوى هي[3] العز والكرم ... وحبك للدنيا هو الذل والسقم

وليس على عبد تقي نقيصة ... إذا حقق التقوى وإن حاك أو حجم

وأما السلامة من العيوب فليس من شروط الكفاءة فإنه لا خلاف في أنه لا يبطل النكاح بعدمها ولكنها تثبت الخيار للمرأة دون الأولياء؛ لأن ضرره مختص بها، ولوليها منعها من نكاح المجذوم والأبرص والمجنون وما عداهن فليس بمعتبر في الكفاءة.

---

(١) بنت تانئ: أي صاحب عقار.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ١٣٥ كتاب النكاح، باب اعتبار الصنعة في الكفاءة.
وأخرجه ابن عبدالبر في التمهيد ١٩: ١٦٥. وقال: هذا منكر موضوع.

(٣) في الأصل: هو. وما أثبتناه من المغني.

فصل

والكفاءة معتبرة في الرجل دون المرأة، فإن النبي ﷺ لا مكافئ له، وقد تزوج من أحياء العرب وتزوج صفية بنت حيي وتسرّى بالإماء. وقال: «من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن تعليمها وأحسن إليها ثم أعتقها وتزوجها فله أجران»(1) أخرجاه.

ولأن الولد يشرف بشرف أبيه لا بأمه فلم يعتبر ذلك في الأم.

مسألة: (**وإذا زوج الرجل ابنته البكر فوضعها في كفاءة فالنكاح ثابت وإن كرهت، كبيرة كانت أو صغيرة**).

أما البكر الصغيرة فلا خلاف فيها.

قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته الصغيرة جائز إذا زوجها من كفء، ويجوز له تزويجها مع كراهتها وامتناعها، وقد دل على جواز تزويج الصغيرة قول الله تعالى: ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن﴾ [الطلاق: ٤] فجعل اللائي لم يحضن عدة ثلاثة أشهر ولا تكون العدة ثلاثة أشهر إلا من طلاق في نكاح أو فسخ فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ولا إذن لها فيعتبر.

وعن عائشة «أن النبي ﷺ تزوجها وهي بنت ست سنين، وأُدخلت عليه وهي بنت تسع سنين ومكثت عنده تسعاً»(2) متفق عليه.

ومعلوم أنها لم تكن في تلك الحال ممن يعتبر إذنها.

وأما البكر البالغة العاقلة فعن أحمد روايتان:

إحداهما: له إجبارها على النكاح وتزويجها بغير إذنها كالصغيرة وبهذا قال مالك والشافعي.

---

(1) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٧٩٥) ٥: ١٩٥٥ كتاب النكاح، باب اتخاذ السراري ومن أعتق جاريته ثم تزوجها.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٤) ١: ١٣٤ كتاب الإيمان، باب وجوب الإيمان برسالة نبينا محمد ﷺ...

(2) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٤٠) ٥: ١٩٧٣ كتاب النكاح، باب إنكاح الرجل ولده الصغير.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٢٢) ٢: ١٠٣٩ كتاب النكاح، باب تزويج الأب البكر الصغيرة.

والثانية: ليس له ذلك. اختارها أبو بكر وهي مذهب أبي حنيفة وأصحابه؛ لما روي عن أبي هريرة أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تُنكح الأيِّمُ حتى تُستأمَر، ولا البكر حتى تُستأذن. قالوا: يا رسول الله وكيف إذنُها؟ قال: أن تسكُت»[1] رواه الجماعة.

وعن ابن عباس «أن جارية بكراً أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي عليه السلام»[2].

ولأنها جائزة التصرف في مالها فلم يجز إجبارها كالثيب والرجل.

ووجه الرواية الأولى وهي أصح؛ ما روى ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تُستأذن في نفسها وإذنُها صُمَاتُها»[3] رواه الجماعة إلا البخاري.

وفي رواية لأحمد ومسلم: «والبكر يستأمِرُها أبوها»[4] فلما قسم النساء قسمين وأثبت الحق لأحدهما دل على نفيه عن الآخر وهو البكر، فيكون وليها أحق منها بها، ودل الحديث على أن الاستئمار هاهنا والاستئذان في حديثهم

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٤٣) ٥: ١٩٧٤ كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤١٩) ٢: ١٠٣٦ كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٠٩٢) ٢: ٢٣١ كتاب النكاح، باب في الاستئمار.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٠٧) ٣: ٤١٥ كتاب النكاح، باب ما جاء في استئمار البكر والثيب.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٢٦٧) ٦: ٨٦ كتاب النكاح، إذن البكر.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٧١) ١: ٦٠١ كتاب النكاح، باب استئمار البكر والثيب.
وأخرجه أحمد في مسنده (٩٣٢٢) طبعة إحياء التراث.

(٢) سبق تخريجه ص: ٣٧٧.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٢١) ٢: ١٠٣٧ كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٠٩٨) ٢: ٢٣٢ كتاب النكاح، باب في الثيب.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٠٨) ٣: ٤١٦ كتاب النكاح، باب ما جاء في استئمار البكر والثيب.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٢٦٠) ٦: ٨٤ كتاب النكاح، استئذان البكر في نفسها.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٧٠) ١: ٦٠١ كتاب النكاح، باب استئمار البكر والثيب.

(٤) أخرجه مسلم في الموضع السابق.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٩٠٠) طبعة إحياء التراث.

مستحب غير واجب ، كما روى ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : «آمِرُوا النساء في بناتِهنَّ»[1] رواه أحمد وأبو داود .

وحديث التي خيرها النبي عليه السلام مرسل ، ويحتمل أنها التي زوجها أبوها من ابن أخيه ليرفع بها خسيسته فتخييرها لذلك .

ولأن ما لا يشترط في نكاح الصغيرة لا يشترط في نكاح الكبيرة ، كالنطق ، وقول الخرقي فوضعها في كفاءة يدل على أنه إذا زوجها من غير كفء فنكاحها باطل ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد ؛ لأنه لا يجوز له تزويجها من غير كفء فلم يصح كسائر الأنكحة المحرمة .

ولأنه عقد لموليته عقداً لا حظ لها فيه بغير إذنها فلم يصح ، كبيعه عقاراً من غير غبطة ولا حاجة أو بيعه بدون ثمن مثله .

ولأنه نائب عنها شرعاً فلم يصح تصرفه لها بما لا حظ لها فيه كالوكيل .

والثانية : يصح ؛ لأنه عيب في المعقود عليه فلم يمنع الصحة كشراء المبيع الذي لا يعلم عيبه ، ويحتمل أن لا يصح النكاح إذا علم أن الزوج ليس بكفء ، ويصح إذا لم يعلم ؛ لأنه إذا علم حرم عليه العقد ، فبطل لتحريمه بخلاف ما لم يعلمه ، كما إذا اشترى لها معيباً يعلم عيبه ، ويحتمل أن يصح نكاح الكبيرة ؛ لأنه يمكن استدراك الضرر بإثبات الخيار لها فتفسخ إن كرهت ، وإن لم تفسخ كان كإجازتها وإذنها بخلاف نكاح الصغيرة وعلى القول بصحته ، فإن كانت كبيرة فلها الخيار ولا خيار لأبيها إذا كان عالماً ؛ لأنه أسقط حقه برضاه وإن كانت صغيرة فعليه الفسخ ، ولا يسقط برضاه ؛ لأنه بفسخه لحظها وحقها لا يسقط برضاه ، ويحتمل أن لا يكون له الفسخ ولكن يمنع الدخول عليها حتى تبلغ فتختار ، وإن كان لها ولي غير الأب فلها[2] الفسخ على ما مضى وعلى كلتي الروايتين فلا يحل له أن يزوج من غير كفء ، ولا من معيب ؛ لأن الله تعالى أقامه

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٩٥) ٢: ٢٣٢ كتاب النكاح، باب في الاستئمار.
وأخرجه أحمد في مسنده (٤٩٠٥) ٥: ١٩٩٦.

(٢) في الأصل: فله. وما أثبتناه من المغني.

مقامها ناظراً لها فيما فيه الحظ، ومتصرفاً لها لعجزها عن التصرف في نفسها، فلا يجوز له فعل ما لا حظ لها فيه كما في مالها؛ لأنه إذا حرم عليه التصرف في مالها بما لا حظ فيه ففي نفسها أولى.

مسألة: (**وليس هذا لغير الأب**).

يعني: ليس لغير الأب إجبار كبيرة ولا تزويج صغيرة جداً كان أو غيره، وبهذا قال مالك وعن أحمد: لغير الأب تزويج الصغيرة، ولها الخيار إذا بلغت، وبه قال أبو حنيفة؛ لأن الله قال: ﴿وإن خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾ [النساء:٣] فمفهومه أنه إذا لم يخف فله تزويج اليتيمة واليتيمة من لم تبلغ؛ لقوله عليه السلام: «لا يُتْمَ بعد احتِلام»[١].

قال عروة: «سألت عائشة عن قول الله: ﴿وإن خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى﴾ [النساء:٣] فقالت: يا ابن أختي هذه اليتيمة تكون في حجر وليها ويشركها في مالها ويعجبه مالها وجمالها فيريد أن يتزوجها بعد أن يقسط في صداقها فيعطيها مثل ما يعطيها غيره فنُهوا عن نكاحهن إلا أن يُقسطوا فيهم ويبلغوا أعلى سُنَّتِهن في الصداق»[٢] أخرجاه.

ولأنه ولي في النكاح فملك التزويج كالأب.

ووجه الرواية الأولى وهي أصح قول النبي ﷺ: «تُستأمر اليتيمة في نفسها فإن سكتت فهو إذنُها وإن أَبَتْ فلا جَوَازَ عليها»[٣] رواه الخمسة إلا ابن ماجة.

وعن ابن عمر قال: «توفي عثمان[٤] بن مظعون وترك ابنة له من خويلة بنت حكيم بن أمية بن حارثة بن الأوقص، وأوصى إلى أخيه قدامة بن مظعون. قال

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٧٣) ٣: ١١٥ كتاب الوصايا، باب ما جاء متى ينقطع اليتم.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٢٩٨) ٤: ١٦٦٨ كتاب التفسير، باب ﴿وإن خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى﴾.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٣٠١٨) ٤: ٢٣١٣ كتاب التفسير.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٩٣) ٢: ٢٣١ كتاب النكاح، باب في الاستئمار.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٠٩) ٣: ٤١٧ كتاب النكاح، باب ما جاء في إكراه اليتيمة على التزويج.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٢٧٠) ٦: ٨٧ كتاب النكاح، البكر يزوجها أبوها وهي كارهة.
وأخرجه أحمد في مسنده (٧٥١٩) ٢: ٢٥٩.

(٤) في الأصل: عبدالله. وما أثبتناه من السنن.

عبدا لله : وهما خالاي قال : فخطبت إلى قدامة بن مظعون ابنة عثمان[1] بن مظعون فزوجنيها ، ودخل المغيرة بن شعبة يعني إلى أمها فأرغبها في المال فحطّت إليه وحطّت الجارية إلى هوَى أمها فأبيا حتى ارتفع أمرُهُما إلى رسول الله ﷺ فقال قدامة بن مظعون : يا رسول الله ابنة أخي أوصَى بها إليَّ فزوَّجتُها ابن عمتها ، فلم أُقصِّر بها في الصلاح ولا في الكفاءة ولكنها امرأةٌ وإنما حَطَّت إلى هوَى أمها . قال : فقال رسول الله ﷺ : هي يتيمة ولا تُنكح إلا بإذنها . قال : فانتُزعت والله مني بعد أن ملكتُها فزوَّجُوها المغيرة بن شعبة »[2] رواه أحمد والدارقطني .

واليتيمة : الصغيرة التي مات أبوها .

ولأن غير الأب قاصر الشفقة فلا يلي نكاح صغيرة كالأجنبي .

فصل

وإذا بلغت الجارية تسع سنين ففيها روايتان :

إحداهما : أنها كمن لم تبلغ تسعاً نص عليه في رواية الأثرم ، وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي وسائر الفقهاء قالوا : حكم بنت تسع سنين حكم بنت ثمان ؛ لأنها غير بالغة .

ولأن إذنها لا يعتبر في سائر التصرفات فكذلك في النكاح .

والثانية : حكمها حكم البالغة . نص عليه في رواية ابن منصور ؛ لمفهوم الآية . ودلالة الخبرين بعمومها على أن اليتيمة تنكح بإذنها وإن أبت فلا جواز ، وقد انتفى الإذن فيمن دونها فيجب حمله على من بلغت تسعاً .

---

(١) مثل السابق.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٦١٠١) طبعة إحياء التراث.

وأخرجه الدارقطني في سننه (٣٧) ٣: ٢٣٠ كتاب النكاح.

وعن عائشة أنها قالت: «إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة»[1] ذكره البخاري وغيره، ورواه القاضي أبو يعلى بإسناده عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا أتى على الجارية تسع سنين فهي امرأة»، ومعناه: في حكم المرأة.

ولأنها بلغت سناً يمكن فيه حيضها ويحدث لها حاجة إلى النكاح فيباح تزويجها كالبالغة.

فعلى هذا إذا زوجت ثم بلغت لم يكن لها خيار كالبالغة إذا زوجت. وقد خطب عمر أم كلثوم ابنة أبي بكر بعد موته إلى عائشة فأجابته وهي لدون عشر؛ لأنها إنما ولدت بعد موت أبيها، وإنما كانت ولاية عمر عشراً فكرهته الجارية فتزوجها طلحة بن عبيدا لله و لم ينكره منكر فدل ذلك على اتفاقهم على صحة تزويجها قبل بلوغها بولاية غير أبيها.

مسألة: (**ولو استأذن البكر البالغة والدُها كان حسناً**).

لا نعلم خلافاً في استحباب استئذانها فإن النبي ﷺ قد أمر به ونهى عن النكاح بدونه، فأقل أحوال ذلك الاستحباب.

ولأن فيه تطييب قلبها وخروجاً عن الخلاف.

وعن عائشة قالت: «قلت: يا رسول الله تُستأمر النساء في أَبْضَاعِهِنَّ؟ قال: نعم قلت: فإن البكر تُستأمر فتستحي فتسكت فقال: سُكاتُها إذنُها»[2] متفق عليه.

وروي عن عطاء قال: «كان رسول الله ﷺ يستأمر بناته إذا أنكحهُن قال: كان يجلسُ عند خِدْر المخطوبة فيقول: إن فلاناً يذكُرُ فلانة فإن حرَّكتِ الخِدْرَ لم يُزوِّجْها، وإن سكَتَتْ زوَّجها»[3].

---

(١) ذكره الترمذي في جامعه ٣: ٤١٨ كتاب النكاح، باب ما جاء في إكراه اليتيمة على التزويج.
وذكره البيهقي في السنن الكبرى ١: ٣٢٠ كتاب الحيض، باب السن التي وجدت المرأة حاضت فيها.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٥٤٧) ٦: ٢٥٤٧ كتاب الإكراه، باب لا يجوز نكاح المكره.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٢٠) ٢: ١٠٣٧ كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت.

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (٢٣٩٧٣) طبعة إحياء التراث. نحوه.

⇦

ويستحب استئذان المرأة في تزويج ابنتها ؛ لقول النبي ﷺ : «آمروا النساء في بناتهن»[(١)] .

ولأنها تشاركه في النظر لابنتها وتحصيل المصلحة لها بشفقتها[(٢)] عليها ، وفي استئذانها تطييب قلبها وإرضاء لها فيكون أولى .

مسألة : **(وإن زوج ابنته الثيب بغير إذنها فالنكاح باطل وإن رضيت بعد)** .

أما الثيب فتنقسم قسمين : كبيرة وصغيرة ، فأما الكبيرة فلا يجوز للأب ولا لغيره تزويجها إلا بإذنها في قول عامة أهل العلم . وقال الحسن : له تزويجها وإن كرهت . قال إسماعيل بن إسحاق : لا أعلم أحداً قال في الثيب بقول الحسن وهو قول شاذ خالف فيه أهل العلم والسنة الثابتة ، فإن الخنساء ابنة خدام الأنصارية روت «أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت النبي ﷺ فرد نكاحه»[(٣)] رواه الجماعة إلا مسلماً .

قال ابن عبدالبر : هذا الحديث مجمع على صحته والقول به لا نعلم مخالفاً له إلا الحسن ، وكانت الخنساء من أهل قباء وكانت تحت أنيس بن قتادة فقتل عنها يوم أحد ، فزوجها أبوها رجلاً من بني عمرو بن عوف فكرهته ، وشكت ذلك إلى رسول الله ﷺ فرد نكاحها ونكحت أبا لبابة بن عبدالمنذر .

⇦

وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٠٢٧٧-١٠٢٨٩) ٦: ١٤١-١٤٤ كتاب النكاح ، باب استئمار النساء في أبضاعهن.

(١) سبق تخريجه ص: ٣٨٩.

(٢) في الأصل: كشفقتها. وما أثبتناه من المغني.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٤٥) ٥: ١٩٧٤ كتاب النكاح، باب إذا زوج ابنته وهي كارهة فنكاحه مردود.

وأخرجه أبو داود في سننه (٢١٠١) ٢: ٢٣٣ كتاب النكاح، باب في الثيب.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٠٨) ٣: ٤١٦ كتاب النكاح، باب ما جاء في استئمار البكر والثيب .

وأخرجه النسائي في سننه (٣٢٦٨) ٦: ٨٦ كتاب النكاح، الثيب يزوجها أبوها وهي كارهة.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٧٣) ١: ٦٠٢ كتاب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة.

وأخرجه أحمد في مسنده (٢٦٢٤٦) طبعة إحياء التراث.

وروى أبو هريرة قال: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر»[1] رواه الجماعة.

وَقال: «الأيم أحق بنفسها من وليها»[2].

وعن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «ليس للولي مع الثيب أمر»[3] رواهما النسائي وأبو داود.

ولأنها رشيدة عالمة بالمقصود من النكاح مختبرة. فلم يجز إجبارها عليه؛ كالرجل.

القسم الثاني: الثيب الصغيرة وفيها روايتان:

إحداهما: لا يجوز تزويجها وهو ظاهر قول الخرقي واختيار ابن حامد وابن بطة والقاضي ومذهب الشافعي؛ لعموم الأخبار.

ولأن الإجبار مختلف بالبكارة والثيوبة لا بالصغر والكبر وهذه ثيب.

ولأن في تأخيرها فائدة وهو أن تبلغ وتختار لنفسها ويعتبر إذنها فوجب التأخير بخلاف البكر.

الرواية الأخرى: لأبيها تزويجها ولا يستأمرها. اختاره أبو بكر عبدالعزيز وهو قول أبي حنيفة ومالك؛ لأنها صغيرة فجاز إجبارها كالبكر، والغلام يحقق ذلك أنها لا تزيد بالثيوبة على ما حصل للغلام بالذكورية ثم الغلام يجبر إذا كان صغيراً فكذا هذه والأخبار محمولة على الكبيرة فإنه جعلها أحق بنفسها[4] من وليها والصغيرة لا حق لها.

وعنه رواية ثالثة: هو أن ابنة تسع يزوجها وليها بإذنها ومن دون ذلك على ما ذكرنا من الخلاف لما ذكرنا في البكر.

مسألة: (وإذن الثيب الكلام وإذن البكر الصمات).

أما الثيب فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً في أن إذنها الكلام للخبر.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣٨٨.

(٢) سبق تخريجه ص: ٣٨٨.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٠٠) ٢: ٢٣٣ كتاب النكاح، باب في الثيب.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٢٦٣) ٦: ٨٥ كتاب النكاح، استئذان البكر في نفسها.

(٤) زيادة من المغني ٧: ٣٨٦.

ولأن اللسان هو المعبر عما في القلب وهو المعتبر في كل موضع يعتبر فيه الإذن غير أشياء يسيرة أقيم الصمت فيها مقامه .

وأما البكر فإذنها صماتها في قول عامة أهل العلم منهم أبو حنيفة .

ولا فرق بين كون الولي أباً أو غيره . وقال أصحاب الشافعي في صمتها في حق غير الأب وجهان :

أحدهما : لا يكون إذناً ؛ لأن الصمات عدم الإذن فلا يكون إذناً .

ولأنه محتمل للرضاء والحياء وغيرهما فلا يكون إذناً كما في حق الثيب ، وإنما اكتفي به في حق الأب ؛ لأن رضاءها غير معتبر ، وهذا شذوذ وترك للسنة الصحيحة الصريحة يصان الشافعي عن إضافته إليه وجعله مذهباً له مع كونه من اتبع الناس لسنة رسول الله ﷺ ولا يعرج منصف على هذا القول وقد تقدمت روايتنا عن رسول الله ﷺ أنه قال : «لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن فقالوا : يا رسول الله! فكيف إذنها ؟ قال : أن تسكت »[1] وغير ذلك من الأخبار .

ولأن الحياء عقلة على لسانها يمنعها النطق بالإذن ولا تستحي[2] من إبائها وامتناعها فإذا سكتت على الظن أنه لرضاها فاكتفي به وما ذكروه يفضي إلى أن لا يكون صمتها إذناً في حق الأب أيضاً ؛ لأنهم جعلوا وجوده كعدمه فيكون إذاً رداً على النبي ﷺ بالكلية واطراحاً للأخبار الصريحة الجليلة وخرقاً لإجماع الأمة المرضية .

فصل

فإن نطقت بالإذن فهو أبلغ وأتم في الإذن من صمتها ، وإن بكت أو ضحكت فهو بمنزلة سكوتها ؛ لما روى أبو بكر بإسناده عن أبي هريرة قال : قال

(١) سبق تخريجه ص: ٣٨٨.

(٢) في الأصل: وتستحي. وما أثبتناه من المغني ٧: ٣٨٧.

رسول الله ﷺ : «تستأمر اليتيمة فإن بكت أو سكتت فهو رضاها وإن أبت فلا جواز»[1] .

ولأنها غير ناطقة بالامتناع مع سماعها للاستئذان . فكان إذنًا منها ؛ كالصمات أو الضحك ، والبكاء يدل على فرط الحياء لا على الكراهة ، ولو كرهت لامتنعت فإنها لا تستحي من الامتناع .

والحديث يدل بصريحه : على أن الصمت إذن وبمعناه على ما في معناه من الضحك والبكاء ، ولذلك أقمنا الضحك مقامه .

والثيب المعتبر نطقها هي الموطوءة في القبل سواء كان الوطء حلالاً أو حراماً ؛ لأنه لو وصى لثيب النساء دخلت في الوصية ولو أوصى للأبكار لم تدخل ، ولو اشترطها في التزويج أو الشراء بكراً فوجدها مصابة بالزنا ملك الفسخ .

ولأنها موطوءة في القبل أشبهت[2] الموطوءة بشبهة .

فصل

وإن ذهبت عذرتها بغير جماع كالوثبة أو شدة حيضة ، أو بإصبع أو عود أو نحوه فحكمها حكم الأبكار . ذكره ابن حامد ؛ لأنها لم تعرف المقصود ، ولا وجد وطؤها في القبل فأشبهت من لم تزل عذرتها ولو وطئت في الدبر لم تصر ثيباً ولا حكمها حكمهن ؛ لأنها غير موطوءة في القبل .

فصل

إذا اختلف الزوج والمرأة في إذنها في تزويجها قبل الدخول فالقول قولها في قول أكثر الفقهاء ؛ لأنها منكرة للإذن والقول قول المنكر .

ولأنه يدعي أنها استؤذنت وسمعت فصمتت ، والأصل عدم ذلك ، وإن اختلفا بعد الدخول فقال القاضي : القول قول الزوج ؛ لأن التمكين من الوطء

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣٩٠.

(٢) في الأصل: اشتبهت. والصواب ما أثبتناه.

دليل على الإذن وصحة النكاح فكان الظاهر معه ، وهل تستخلف المرأة إذا قلنا القول قولها قال القاضي : قياس المذهب أنه لا يمين عليها كما لو ادعى زوجيتها فأنكرته وبه قال أبو حنيفة فإن ادعت المرأة أنها أذنت وأنكر ورثة الزوج فالقول قولها ؛ لأنها اختلاف في أمر مختص بها صادر من جهتها فالقول قولها فيه كما لو اختلفوا في نيتها فيما تعتبر فيه نيتها .

ولأنها تدعي صحة العقد وهم يدعون فساده فالظاهر معها .

مسألة : (**وإذا زوج ابنته بدون صداق مثلها ثبت النكاح بالمسمى ، وإن فعل ذلك غير الأب ثبت النكاح وكان لها مهر مثلها**) .

أما الأب فله تزويج ابنته بدون صداق مثلها بكراً كانت أو ثيباً صغيرة كانت أو كبيرة وبهذا قال أبو حنيفة ومالك ؛ لأن عمر رضي الله عنه خطب الناس فقال : «ألا لا تغالوا في صُدق النساء . فما أصدق رسول الله ﷺ أحدًا من نسائه ولا أحدًا من بناته أكثر من اثنتي[1] عشرة أوقية»[2] . وكان ذلك بمحضر من الصحابة فلم ينكروه فكان اتفاقًا منهم على أن له أن يزوج بذلك وإن كان دون صداق المثل .

وزوّج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين ، وهو من سادات قريش شرفًا وعلمًا ودينًا . ومن المعلوم أنه لم يكن مهر مثلها .

ولأنه ليس المقصود من النكاح العوض ، وإنما المقصود السكن والازدواج ، ووضع المرأة في منصب عند من يكفلها ويصونها ويحسن عشرتها . والظاهر من الأب مع تمام شفقته وبلوغ نظره : أنه لا ينقصها من صداقها إلا لتحصيل المعاني المقصودة بالنكاح فلا ينبغي أن يمنع من تحصيل المقصود بتفويت غيره . وأما غير الأب فليس له أن ينقصها من مهر مثلها فإن زوج بدون ذلك صح النكاح ؛ لأن فساد التسمية وعدمها لا يؤثر في النكاح ويكون لها مهر مثلها ؛ لأنه قيمة بضعها ، وليس للولي نقصها منه فرجعت إلى مهر المثل .

---

(١) في الأصل: اثني. وما أثبتناه من السنن.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٠٦) ٢: ٢٣٥ كتاب النكاح، باب الصداق.

فصل

وتمام المهر على الزوج ؛ لأن التسمية هاهنا فاسدة لكونها غير مأذون فيها شرعاً فوجب على الزوج مهر المثل كما لو زوجها بمحرم وعلى الولي ضمانه ؛ لأنه المفرط فكان عليه الضمان كما لو باع مالها بدون ثمن مثله .

قال أحمد : أخاف أن يكون ضامناً وليس الأب مثل الولي ، ولا تملك المرأة الفسخ ؛ لأنه قد حصل لها تمام مهر مثلها .

مسألة : **(ومن زوج غلاماً غير بالغ أو معتوهاً لم يجز إلا أن يزوجه والده أو وصي ناظر له في التزويج)** .

في هذه المسألة أحكام :

الأول : أنه ليس لغير الأب أو وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه ، وقال القاضي في المجرد : للحاكم تزويجه ؛ لأنه يلي ماله .

الحكم الثاني : أن المعتوه وهو الزائل العقل بجنون مطبق ليس لغير الأب ووصيه تزويجه ، وهذا قول مالك وقال ابن حامد : للحاكم تزويجه إذا ظهر منه شهوة النساء بأن يتبعهن ويريدهن وهذا مذهب الشافعي ؛ لأن ذلك من مصالحه وليس له حال ينتظر فيها إذنه وينبغي على هذا القول أن يجوز تزويجه إذا قال أهل الطب إن في تزويجه ذهاب علته ؛ لأنه من أعظم مصالحه .

الحكم الثالث : أن للأب ووصيه تزويجهما سواء كان الغلام عاقلاً أو مجنوناً ، وسواء كان الجنون مستداماً أو طارئاً .

وأما الغلام السليم من الجنون فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً في أن لأبيه تزويجه كذلك .

قال ابن المنذر : وهذا مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي ؛ لما روي «أن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير فاختصموا إلى زيد فأجازه جميعًا» [1] رواه الأثرم بإسناده .

---

(١) أخرجه البيهقي مختصراً في السنن الكبرى ٧: ١٤٣ كتاب النكاح ، باب الأب يزوج ابنه الصغير.

وأما الغلام المعتوه فلأبيه تزويجه ؛ لأنه غير بالغ فملك أبوه تزويجه كالعاقل .

ولأنه إذا جاز تزويج العاقل مع أن له عند احتياجه إلى التزويج رأياً ونظراً لنفسه فلأن يجوز تزويج من لا يتوقع منه ذلك أولى .

وأما البالغ المعتوه فظاهر كلام أحمد والخرقي أن للأب تزويجه مع ظهور أمارات الشهوة وعدمها . وقال القاضي : إنما يجوز تزويجه إذا ظهرت منه أمارات الشهوة باتباع النساء ونحوه وهو مذهب الشافعي ؛ لأن في تزويجه مع عدم حاجته إضراراً به بإلزامه حقوقاً لا مصلحة له في التزامها . وقال أبو بكر : ليس للأب تزويجه بحال ؛ لأنه رجل فلم يجز إجباره على النكاح كالعاقل والأول أصح ؛ لأنه غير مكلف فجاز لأبيه تزويجه كالصغير فإنه إذا جاز تزويج الصغير مع عدم حاجته في الحال وتوقع نظره عند الحاجة فهاهنا أولى . وأما اعتبار الحاجة فلا بد منها فإنه لا يجوز لوليه إلا إذا رأى المصلحة فيه غير أن الحاجة لا تنحصر في قضاء الشهوة فقد تكون حاجته إلى الإيواء والحفظ ، وربما كان دواء له ويترجى به شفاؤه فجاز التزويج كقضاء الشهوة .

الحكم الرابع : أن وصي الأب في النكاح بمنزلته على ما ذكرنا فإن كان وصياً في المال لم يكن له ولاية في التزويج ؛ لأنه إنما يستفيد التصرف بالوصية فلا يملك ما لم يوص به إليه ووصي غير الأب لا ولاية له على صبي ولا مجنون ؛ لأن الموصي لا يملك ذلك فوصيه أولى .

مسألة : (**وإذا زوج أمته بغير إذنها فقد لزمها النكاح كبيرة كانت أو صغيرة**) .

لا نعلم في هذا خلافاً وذلك لأن منافعها مملوكة له والنكاح عقد على منفعتها فأشبه عقد الإجارة ولذلك ملك الاستمتاع بها وبهذا فارقت العبد .

ولأنه ينتفع بتزويجها لما يحصل لها من مهرها وولدها ويسقط عنه من نفقتها وكسوتها بخلاف العبد والمدبرة والمعلق عتقها بصفة وأم الولد كالأمة القن في إجبارها على النكاح .

مسألة : (**وإذا زوج عبده وهو كاره لم يجز إلا أن يكون صغيراً**) .

هذه المسألة تشتمل على حكمين :

الأول : أن السيد لا يملك إجبار عبده البالغ العاقل على النكاح ، وبهذا قال الشافعي في أحد قوليه ؛ لأنه مكلف يملك الطلاق فلا يجبر على النكاح كالحر .

ولأن النكاح خالص حقه ونفعه له فأشبه الحر .

الثاني : في العبد الصغير الذي لم يبلغ فإن للسيد تزويجه في قول أكثر أهل العلم . وقال أبو الخطاب : يحتمل أن لا يملك تزويجه والأول أصح ؛ لأنه إذا ملك تزويج ابنه الصغير فعبده مع ملكه له وتمام ولايته عليه أولى وكذلك الحكم في عبده المجنون .

والمهر والنفقة على السيد سواء ضمنهما أو لم يضمنهما ، وسواء باشر العقد أو أذن لعبده فعقده مع ملكه له وتمام ولايته عليه ، وسواء كان مأذوناً له في التجارة أو محجوراً عليه ، نص عليه أحمد وعنه ما يدل على أن ذلك يتعلق بكسبه ، فإنه قال : نفقته منضرريته وقال : إن كانت بقيمة ضريبته أنفق عليها ولا يعطى المولى وإن لم يكن عنده ما ينفق يفرق بينهما وهذا قول الشافعي .

وفائدة الخلاف : أن من ألزم السيد المهر والنفقة أوجبها عليه ، وإن لم يكن للعبد كسب ، وليس للمرأة الفسخ لعدم كسب العبد ، وللسيد استخدامه ومنعه الاكتساب ، ومن علقه بكسبه فلم يكن له كسب فللمرأة الفسخ ، وليس للسيد منعه من الكسب .

مسألة : **(وإذا زوج الوليان فالنكاح للأول منهما)** .

أما إذا كان للمرأة وليان فأذنت لكل واحد منهما في تزويجها جاز سواء أذنت في رجل معين أو مطلقاً فقالت : قد أذنت لكل واحد من أوليائي في تزويجي من أراد فإذا زوجها الوليان لرجلين وعلم السابق منهما فالنكاح له دخل بها الثاني أو لم يدخل وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه والشافعي ؛ لما روى سمرة أن النبي ﷺ

قال : «أيما امرأة زوَّجها[1] وليَّان فهي للأول منهما»[2] رواه الخمسة إلا ابن ماجة .

ولأن الثاني تزوج امرأة في عصمة زوج فكان باطلاً كما لو علم لها زوجاً .

ولأنه نكاح باطل لو عري عن الدخول فكان باطلاً كنكاح المعتدة والمرتد وكما لو علم .

مسألة : **(فإن دخل بها الثاني وهو لا يعلم أنها ذات زوج فرِّق بينهما ، وكان لها عليه مهر مثلها ولم يصبها زوجها حتى تحيض ثلاث حيض بعد آخر وقت وطئها الثاني)** .

أما إذا علم الحال قبل وطء الثاني لها فإنها تدفع إلى الأول ولا شيء على الثاني ؛ لأن عقده عقد فاسد لا يوجب شيئاً ، وإن وطئها الثاني وهو لا يعلم فهو وطء شبهة يجب لها به المهر ، وترد إلى الأول ولا يحل له وطؤها حتى تنقضي عدتها بثلاث حيض إن كانت من ذوات الإقراء ولم تحمل ، نص عليه أحمد وهو قول الشافعي قال أحمد : لها الصداق بالمسيس ، وصداق من هذا ولا يرد الصداق الذي يوجد من الداخل بها على الذي دفعت إليه ، وذلك لأن الصداق في مقابلة الاستمتاع بها ، فكان لها دون زوجها كما لو وطئت بشبهة أو مكرهة ولا يحتاج هذا النكاح الثاني إلى فسخ ؛ لأنه باطل ، ولا يجب لها المهر إلا بالوطء دون مجرد الدخول والوطء دون الفرج ؛ لأنه نكاح باطل لا حكم له ، ويجب مهر المثل ؛ لأنه يجب بالإصابة لا بالتسمية ، وذكر أبو بكر أن الواجب المسمى ، قال القاضي : هو قياس المذهب والأول أصح لما قلنا .

مسألة : **(وإن جُهل من الأول منهما فُسخ النكاحان)** .

---

(١) في الأصل: تزوجها. وما أثبتناه من السنن.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٨٨) ٢: ٢٣٠ كتاب النكاح، باب إذا أنكح الوليان.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١١٠) ٣: ٤١٨ كتاب النكاح، باب ما جاء في الوليين يزوجان.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٨٢) ٧: ٣١٤ كتاب البيوع، الرجل يبيع البيعة فيستحقها مستحق.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٩٥٨١) طبعة إحياء التراث.

أما إذا جهل الأول منهما فلا فرق بين أن لا يعلم كيفية وقوعهما أو يعلم أن أحدهما قبل الآخر لا بعينه، أو يعلم بعينه ثم يشك[1] فالحكم في جميعها واحد وهو أن يفسخ الحاكم النكاحين جميعاً، نص عليه أحمد في رواية الجماعة ثم تزوجت من شاءت منهما أو من غيرهما، وهذا قول أبي حنيفة ومالك وعن أحمد أنه يقرع بينهما فمن تقع له القرعة أمر صاحبه بالطلاق، ثم يجدد القارع نكاحه، فإن كانت زوجته لم يضره تجديد النكاح شيئاً، وإن كانت زوجة الآخر بانت بطلاقه وصارت زوجة هذا بعقده الثاني؛ لأن القرعة تدخل لتمييز الحقوق عند التساوي، كالسفر بإحدى نسائه، والبداءة بالمبيت عند إحداهن، وتعيين الأنصباء في القسمة.

مسألة: **(وإذا تزوج العبد بغير إذن سيده فالنكاح باطل).**

أجمع أهل العلم على أنه ليس للعبد أن ينكح بغير إذن سيده فإن نكح لم ينعقد نكاحه في قولهم جميعاً، وقال ابن المنذر: أجمعوا على أن نكاحه باطل والصواب ما قلنا فإنهم اختلفوا في صحته فعن أحمد في ذلك روايتان أظهرهما أنه باطل وهو قول عثمان وابن عمر رضي الله عنهما وبه قال الشافعي وعن أحمد أنه موقوف على إجازة السيد فإن أجازه جاز وإن رده بطل وهو قول أبي حنيفة وأصحابه؛ لأنه عقد يقف على الفسخ فوقف على الإجازة كالوصية.

والأول أصح؛ لما روى جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «أيما عبد تزوج بغير إذن سيده فهو عاهر»[2]. رواه أحمد وأبو داود والترمذي وحسنه.

وروى الخلال بإسناده عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو زان»[3]. قال حنبل: ذكرت هذا الحديث لأبي عبدالله فقال: هذا حديث منكر.

ولأنه نكاح فقد شرطه. فلم يصح؛ كما لو تزوجها بغير شهود.

---

(١) في الأصل: يشكك. وما أثبتناه من المغني ٧: ٤٠٦.

(٢) سبق تخريجه ص: ٣٧٨.

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٦٠) ١: ٦٣٠ كتاب النكاح، باب تزويج العبد بغير إذن سيده.

مسألة : **(فإن دخل بها فعلى سيده خُمْسَا المهر ، كما قال عثمان بن عفان ، إلا أن يُجاوز الخمسان قيمته ، فلا يلزم سيده أكثر من قيمته أو يسلمه)** .

هذه المسألة تشتمل على خمسة فصول :

الأول : في وجوب المهر وله حالان :

أحدهما : أن لا يدخل بها فلا مهر لها ؛ لأنه عقد باطل فلا يوجب بمجرده شيئاً كالبيع الباطل وهكذا سائر الأنكحة الفاسدة لا توجب بمجردها شيئاً .

الحال الثاني : أن يصيبها ، فالصحيح في المذهب أن المهر يجب رواه عنه جماعة وروى عنه حنبل أنه لا مهر لها إذا تزوج العبد بغير إذن سيجه وهذا يمكن حمله على ما قبل الدخول فيكون موافقاً لرواية الجماعة ويمكن حمله على عمومه في عدم الصداق وهو قول ابن عمر رواه الأثرم عن نافع قال : «كان إذا تزوج مملوك لابن عمر بغير إذنه جلده الحد ، وقال للمرأة : إنك أبحت فرجك وأبطل صداقها»[1] .

ووجهه : أنه وطئ امرأة مطاوعة في غير نكاح صحيح فلم يجب به مهر كالمطاوعة على الزنا . قال القاضي : هذا إذا كانا عالمين بالتحريم وأما إذا جهلت المرأة ذلك فلها المهر ؛ لأنه لا ينقص عن وطء الشبهة ويمكن حمل هذه الرواية على أنه لا مهر لها في الحال بل يجب في ذمة العبد تنتفع[2] به بعد العتق وهو قول الشافعي الجديد ؛ لأن هذا حق لزم برضى من له الحق فكان محله الذمة كالدين والصحيح أن المهر واجب لقوله عليه السلام : «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ١٢٧ كتاب النكاح ، باب نكاح العبد بغير إذن مالكه.
وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٧٨٩) ١: ٢٠٧ باب العبد يتزوج بغير إذن سيده.
وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٢٩٨١) ٧: ٢٤٣ كتاب النكاح ، باب نكاح العبد بغير إذن سيده.
وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٦٨٥٩) ٣: ٥٢٨ كتاب النكاح ، من كره للعبد أن يتزوج بغير إذن سيده...

(٢) في الأصل: يتبع. وما أثبتاه من المغني ٧: ٤١١.

فنكاحها باطل باطل فإن أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها »[1] فيكون مهرها عليه .

ولأنه استوفى منافع البضع باسم النكاح فكان المهر واجباً كسائر الأنكحة الفاسدة .

الفصل الثاني : أن المهر يتعلق برقبته يباع فيه إلا أن يفديه السيد ، وقد ذكرنا احتمالاً آخر أنه يتعلق بذمة العبد والأول أظهر ؛ لأن الوطء أجري مجرى الجناية الموجبة للضمان بغير إذن المولى ولذلك وجب المهر هاهنا وفي سائر الأنكحة الفاسد ولو لم يجز مجراها لما وجب شيء ؛ لأنه يرضي المستحق .

الفصل الثالث : أن الواجب من المهر خمساه وهو قول عثمان بن عفان رضي الله عنه وعمل به أبو موسى . وعن أحمد أنها إن علمت أنه عبد فلها خمسا المهر وإذا لم تعلم فلها المهر في رقبة العبد وعنه أن الواجب مهر المثل وهو قول أكثر الفقهاء ؛ لأنه وطء يوجب المهر فأوجب مهر المثل بكماله كالوطء في النكاح بلا ولي وسائر الأنكحة الفاسدة .

ووجه الأولى ما روى الإمام أحمد بإسناده عن خلاس[2] «أن غلاماً لأبي موسى تزوج بمولاة تيجان التيمي بغير إذن أبي موسى ، فكتب في ذلك إلى عثمان بن عفان فكتب إليه أن فرق بينهما ، وخذ لها الخمسين من صداقها ، وكان صداقها خمسة أبعرة »[3] .

ولأن المهر أحد موجبي الوطء ، فجاز أن ينقص العبد فيه عن الحر كالحد فيه أو أحد العوضين في النكاح فينقص فيه العبد كعدد المنكوحات .

الفصل الرابع : أنه يجب خمسا المسمى ؛ لأنه صار فيه إلى قضية عثمان وظاهرها أنه أوجب خمسي المسمى ولهذا قال : كان صداقها خمسة أبعرة .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣٦٥.

(٢) في الأصل: حلاس. وما أثبتناه من المصنف.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٢٩٨٤) ٧: ٢٤٣ كتاب النكاح ، باب نكاح العبد بغير إذن سيده.
وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٦٨٤٨) ٣: ٥٢٧ كتاب النكاح ، في العبد يتزوج بغير إذن مولاه...

ولأنه لو اعتبر مهر المثل لأوجب جميعه كسائر قيم المتلفات ولأوجب القيمة وهي الأثمان دون الأبعرة ويحتمل أن يجب خمسا مهر المثل ؛ لأنه عوض عن جناية فكان المرجع فيه إلى قيمة المحل كسائر أروش الجنايات وقيمة المحل مهر المثل .

الفصل الخامس : أن الواجب إن كان زائداً على قيمة العبد لم يلزم السيد الزيادة ؛ لأن الواجب عليه ما يقابل قيمة العبد بدليل أنه لو سلم العبد لم يلزمه شيء فإذا أعطى القيمة فقد أعطى ما يقابل الرقبة فلم تلزمه زيادة عليه وإن كان الواجب أقل من قيمة العبد لم يلزمه أكثر من ذلك ؛ لأنه أرش الجناية فلا يجب عليه أكثر منها والخيرة في تسليم العبد وفدائه إلى السيد .

مسألة : (**وإذا تزوج الأمة على أنها حرة فأصابها وولدت منه فالولد حر ، وعليه أن يفديهم والمهر المسمى ويرجع به على من غرّه ويفرق بينهما إن لم يكن ممن يجوز له أن ينكح الإماء ، وإن كان ممن يجوز له [أن ينكح][1] فرضي بالمقام فما ولدت بعد الرضى فهو رقيق**) .

هذه المسألة تشتمل على أحكام :

الأول : أن النكاح لا يفسد بالغرور ، وهو قول أبي حنيفة ؛ لأن المعقود عليه في النكاح الشخص دون الصفات فلا يؤثر عدمها في صحته كما لو قال : زوجتك هذه البيضاء فإذا هي سوداء ، أو هذه الحسناء فإذا هي شوهاء .

الحكم الثاني : أن أولاده منها أحرار بغير خلاف نعلمه ؛ لأنه اعتقد حريتها فكان أولاده أحراراً لاعتقاده ما يقتضي حريتهم كما لو اشترى أمة يظنها ملكاً لبائعها فبانت مغصوبة بعد أن أولدها .

الحكم الثالث : أن على الزوج فداء أولاده كذلك قضى عمر وعلي وابن عباس ، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي . وعن أحمد رواية أخرى : ليس عليه فداؤهم ؛ لأن الولد ينعقد حر الأصل فلم يضمنه لسيد الأمة ؛ لأنه لم يملكه . وعنه أنه يقال له : افتد أولادك وإلا فهم يتبعون أمهم[2] . فظاهر

(١) زيادة من المغني ٧: ٤١٣.

(٢) في الأصل: الأم. وما أثبتناه من المغني ٧: ٤١٤.

هذا أنه خيره بين فدائهم وبين تركهم رقيقاً ؛ لأنهم رقيق بحكم الأصل فلم يلزمه فداؤهم كما لو وطئها وهو يعلم رقها . وقال الخلال : اتفق عن أبي عبدا لله أنه يفدي ولده . وقال إسحاق عنه في موضع أن الولد له وليس عليه أن يفديهم وأحسبه قولاً أولاً لأبي عبدا لله . والصحيح أن عليه فداءهم ؛ لقضاء الصحابة به .

ولأنه نماء الأمة المملوكة فسبيله أن يكون مملوكاً لمالكها ، وقد فوت رقه باعتقاد الحرية فلزمه ضمانهم كما لو فوت رقهم بفعله والنظر في فدائهم في أمور :

الأول : في وقته ، وذلك حين وضع الولد ، قضى بذلك عمر وعلي وابن عباس وهو قول الشافعي ؛ لأنه محكوم بحريته عند الوضع فوجب أن يضمنه حينئذ ؛ لأنه فات رقه حينئذ . فإن قيل فقد كان محكوماً بحريته وهو جنين قلنا إلا أنه لم يمكن تضمينه حينئذ ؛ لعدم قيمته والاطلاع عليه فأوجبنا ضمانه في أول حال أمكن تضمينه وهو حال الوضع .

الثاني : في صفة الفداء ، وقد تقدم بيانه في كتاب الغصب كافياً .

الثالث : فيمن يضمن منهم ، وهو من ولد حياً لوقت يعيش لمثله سواء عاش أو مات بعد ذلك . وأما السقط ومن ولد لوقت لا يعيش لمثله وهو دون ستة أشهر فلا ضمان له ؛ لأنه لا قيمة له .

الحكم الرابع : في المهر ولا يخلو من أن يكون ممن يجوز له نكاح الإماء أو لا ، فإن كان ممن يجوز له نكاح الإماء وقد نكحها نكاحاً صحيحاً فلها المسمى وإن لم يدخل بها واختار الفسخ فلا مهر لها ؛ لأن الفسخ لعذر من جهتها فهي كالمعيبة يفسخ نكاحها ، وإن كان ممن لا يجوز له نكاح الإماء فالعقد فاسد من أصله ، ولا مهر فيه قبل الدخول ، فإن دخل بها فعليه مهرها ، وهل يجب المسمى أو مهر المثل ؟ على روايتين :

إحداهما : يجب لها مهر المثل وهو ظاهر قول الخرقي لقوله : وإذا زوج الوليان فالنكاح للأول منهما فإن دخل بها الثاني فلها مهر مثلها وهذا مذهب

الشافعي . والمنصوص عن أحمد أن لها المهر المسمى ؛ لأن في بعض الألفاظ حديث عائشة : «ولها الذي أعطاها بما أصاب منها»[1] رواه القاضي بإسناده .

والأول أصح ؛ لقول النبي ﷺ : «فلها المهر بما استحل من فرجها»[2] فجعل لها المهر بالإصابة والإصابة إنما توجب مهر المثل .

ولأن العقد ليس بموجب ، بدليل الخبر ، وأنه لو طلقها قبل مسها لم يكن لها شيء وإذا لم يكن موجباً كان وجوده كعدمه ، ونفي الوطء موجباً بمفرده ، فأوجب مهر المثل كوطء الشبهة .

ولأن التسمية لو فسدت لوجب مهر المثل ، فإذا فسد العقد من أصله أولى .

الحكم الخامس : أنه يرجع بما غرمه على من غره من المهر ، وقيمة الأولاد هذا اختيار الخرقي ونص عليه أحمد . قال ابن المنذر كذلك قضى عمر وعلي وابن عباس ، وبه قال الشافعي في القديم . وعن أحمد لا يرجع بالمهر وهو اختيار أبي بكر وهو قول علي وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي في الجديد ؛ لأنه وجب عليه في مقابلة نفع وصل إليه وهو الوطء[3] فلم يرجع به كما لو اشترى مغصوباً فأكله بخلاف قيمة الولد فإنه لم يحصل في مقابلته عوض ؛ لأنها وجبت بحرية الولد ، وحرية الولد للولد لا لأبيه .

قال القاضي : والمذهب أنه يرجع بالمهر ؛ لأن أحمد قال : كنت أذهب إلى حديث علي ثم كأني هبته وكأني أميل إلى حديث عمر يعني في الرجوع .

ولأن العاقد ضمن له سلامة الوطء كما ضمن له سلامة الولد ، فكما يرجع عليه بقيمة الولد كذلك يرجع بالمهر قال : وعلى هذا الأصل يرجع بأجرة الخدمة إذا غرمها كما يرجع بالمهر ولا أعرف عن أصحابنا بينهما فرقاً .

إذا ثبت هذا فإن كان الغرور من السيد فقال : هي حرة عتقت ، وإن كان بلفظ غير هذا لم تثبت به الحرية فلا شيء له ؛ لأنه لا فائدة في أن يجب له ما يرجع

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٢٥٣٦٥) ٦: ١٦٦ ولفظه: «ولها مهرها بما أصاب منها».

(٢) سبق تخريجه ص: ٣٦٥.

(٣) في الأصل: وطء. وما أثبتناه من المغني ٧: ٤١٦.

به عليه ، وإن كان الغرور من وكيله رجع عليه في الحال وإن كان من أجنبي رجع عليه أيضاً ، وإن كان منها فليس لها في الحال مال فيتخرج فيها وجهان بناء على دين العبد بغير إذن سيده وهل يتعلق برقبته أو بذمته يتبع به بعد العتق؟ قال القاضي : قياس قول الخرقي أنه يتعلق بذمتها لأنه قال في الأمة إذا خالعت بغير إذن سيدها يتبعها به إذا عتقت كذا هاهنا ويتبعها بجميعه .

وظاهر كلام أحمد أن الغرور إذا كان من الأمة لم يرجع على أحد فإنه قال : إذا جاءت الأمة فقالت إني حرة فولت أمرها رجلاً فزوجها من رجل ثم ظهر عليها مولاها قال : فكاك ولده على الأب ؛ لأنه لم يغره أحد ، وأما إذا غره رجل فزوجها على أنها حرة فالفداء على من غره يروى هذا عن علي وإن قلنا يتعلق برقبتها فالسيد مخير بين فدائها بقيمتها إن كانت أقل مما يرجع به عليها أو يسلمها وذكر القاضي أن الغرور الموجب للرجوع أن يكون اشتراط الحرية مقارناً للعقد فيقول : زوجتكها على أنها حرة فإن لم يكن كذلك لم يملك الفسخ وهذا مذهب الشافعي والصحيح خلاف هذا فإن الصحابة الذين قضوا بالرجوع لم يفرقوا قوانين أنواع الغرور ولم يستفصلوا والظاهر أن العقد لم يقع هكذا ولم تجر العادة به في العقود فلا يجوز حمل قضائهم المطلق على صورة نادرة لم تنقل ولكن الغرور قد يكون من المرأة ولا لفظ لها في العقد .

ولأنه متى أخبره بحريتها أو أوهمه ذلك بقرائن يغلب على ظنه حريتها فنكحها على ذلك ورغب فيها بناء عليه وأصدقها صداق الحرائر ثم لزمه الغرم فقد استضر بناء على قول المخبر له والغار فيجب إزالة الضرر عنه بإثبات الرجوع على من غره وأضرّ به .

فعلى هذا إن كان الغرور من اثنين أو أكثر فالرجوع على جميعهم وإن كان الغرور منها ومن الوكيل فعلى كل واحد منهما نصفه .

الحكم السادس : أن الزوج إن كان ممن يحرم عليه نكاح الإماء وهو ممن يجد الطول أو لا يخشى العنت فإنه يفرق بينهما ؛ لأننا بينا أن النكاح فاسد من أصله لعدم شرطه . وهكذا لو كان تزوجها بغير إذن سيدها أو اختل شرط من شروط

النكاح فهو فاسد يفرق بينهما ، والحكم في الرجوع على ما ذكرنا وإن كـان ممـن يباح له نكاح الإماء وكانت شرائط النكاح مجتمعة فالعقد صحيح ولـلزوج الخيـار بين الفسخ والمقام على النكاح وهذا معنى قول الخرقي فرضـي بالمقـام معهـا وهـذا الظاهر من مذهب الشافعي ؛ لأنه عقد غر فيه أحـد الزوجـين بحريـة الآخـر فيثبـت الخيار له كالآخر فإن فسخ قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن رضي بالمقـام معهـا فلـه ذلك ؛ لأنه يباح له نكاح الإماء وما ولـدت بعـد ذلـك فهـو رقيـق لسـيدها ؛ لأن المانع لرقهم في الغرور اعتقاد الزوج حريتها فقد زال ذلك بالعلم ، ولو وطئهـا قبـل علمه فعلقت منه ثم علم قبل الوضع فهو حر ؛ لأنه وطئها معتقداً حريتها .

فصل

ولا يثبت أنها أمة بمجرد الدعوى فإن قام بذلك بينـة ثبـت ، وإن أقـرت أنهـا أمة لم يستحقها بإقرارها نص عليه ؛ لأن إقرارها يزيـل النكـاح عنهـا ويثبـت حقـاً على غيرها فلم يقبل كإقرارها بمال على غيرهـا . وعـن أحمـد مـا يـدل علـى قبـول إقرارها؛ لأنها مقرة على نفسها بالرق أشبه غير الزوجة والأول أصح ولا نسلم أنه يقبل من غير ذات الزوج إقرارها بالرق بعد إقرارها بالحرية ؛ لأنها أقرت بما يتعلـق به حق الله تعالى .

مسألة : **(وإن كان المغرور عبداً فولده أحرار ، ويفديهم إذا عتق ، ويرجـع به أيضاً على من غره)** .

أما المغرور إذا كان عبداً فولده أحرار ؛ لأنه وطئها معتقداً حريتها فكان ولـده حراً كولد الحر فإن هذا هو العلة المقتضية للحرية في محل الوفاق ولولا ذلـك لكـان رقيقاً ؛ لأن علة رق الولد رق الأم خاصة ولا عبرة بحال الأب بدليل ولد الحر مـن الأمة وولد الحرة من العبد وعلى العبد فداؤهم ؛ لأنه فـوت رقهـم باعتقـاده وفعلـه ولا مال له في الحال فهو كاستدانته بغير إذن سيده وفي ذلك روايتان :

إحداهما : يتعلق برقبته كأرش جنايته .

والثانية : يتعلق بذمته يتبع به بعد العتق كعوض الخلع من الأمة بغير إذن سيدها ، والصحيح أنه يتعلق بذمته وإن تعلق الدين برقبته ويفارق الاستدانة والجناية ؛ لأنه إذا استدان أتلف مال الغريم فكان جناية منه وهاهنا لم يجن في الأولاد جناية ، وإنما عتقوا من طريق الحكم ، وما حصل له منهم عوض فيكون ذلك في ذمته يُتبع به بعد العتق ويرجع به حين يغرمه فإنه لا ينبغي أن يجب له بذل ما لم يفت عليه . وأما الحرية فتتعجل في الحال ، وإن قلنا أن الفداء يتعلق برقبته وجب في الحال ويرجع به سيده في الحال ويثبت للعبد الخيار إذا علم كما يثبت للحر لمن يحل له نكاح الإماء ؛ لأن عليه ضرراً في رق ولده ونقصاً في استمتاعه فإنها لا تأوي معه ليلاً ونهاراً و لم يرض به ويحتمل أن لا يثبت له خيار ؛ لأنه فقد صفة لا ينقص بها[1] عن رتبته فأشبه ما لو شرط نسب امرأة فبانت بخلافه ؛ لأنها مساوية لنسبه بخلاف تعزير الحر .

وإذا اختار الإقامة فالمهر واجب لا يرجع به على أحد وإن اختار الفسخ قبل الدخول فلا مهر وإن كان بعده والنكاح بإذن سيده فالمهر واجب عليه وفي الرجوع به خلاف ذكرناه فيما مضى وإن كان بغير إذن سيده فقد سبق حكمه .

مسألة : (**وإذا قال : قد جعلت عتق أمتي صداقها بحضرة شاهدين فقد ثبت العتق والنكاح . وإذا قال : أشهد أني قد أعتقتها وجعلت عتقها صداقها كان العتق والنكاح أيضاً ثابتين ، سواء تقدم القول بالعتق أو تأخر إذا لم يكن بينهما فصل ، فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها**) .

هذه المسألة تشتمل على خمسة أحكام :

الأول : أن ظاهر المذهب أن الرجل إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها فهو نكاح صحيح نص عليه أحمد في رواية جماعة وروي ذلك عن علي وفعله أنس بن مالك وإليه ذهب أكابر التابعين منهم سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبدالرحمن والحسن والزهري . وعن أحمد أنه قال : إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها يوكل

(١) في الأصل: به. وما أثبتناه من المغني ٧: ٤٢١.

رجلاً يزوجه فظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة النكاح. قال أبو الخطاب: هي الصحيحة واختارها القاضي وابن عقيل وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي؛ لأنه لم يوجد إيجاب وقبول فلم يصح لعدم أركانه؛ كما لو قال: أعتقتك وسكت.

ولأنها بالعتق تملك نفسها فيجب أن يعتبر رضاها كما لو فصل بينهما.

ولأن المعتق أزال ملكه عن الاستمتاع بحق الملك فلا يجوز أن يستبيح الوطء بنفس المسمى فإنه لو قال: بعتك هذه الأمة على أن تزوجنيها بالثمن لم يصح.

ووجه قول الخرقي ما روى أنس «أن النبي ﷺ أعتق صفية وجعل عِتْقَهَا صَدَاقَهَا»[1] رواه أحمد والترمذي وصححه.

وفي لفظ: «أعتق صفية وتزوجها فقال له ثابت: ما أصدقها؟ قال: نفسها أعتقها وتزوجها»[2] رواه الجماعة إلا الترمذي وأبا دواد.

ومتى ثبت العتق صداقاً ثبت النكاح؛ لأن الصداق لا يتقدم النكاح[3] ولو تأخر العتق عن النكاح لم يجز فدل على أنه انعقد بهذا اللفظ.

ولأنه لم ينقل عن النبي ﷺ أنه استأنف عقداً ولو استأنفه لظهر ونقل كما نقل غيره.

ولأن من جاز له تزويج امرأة لغيره من غير قرابة جاز له أن يتزوجها كالإمام، وقولهم لم يوجد إيجاب ولا قبول عديم الأثر؛ لأنه لو وجد لم يحكموا بصحته وعلى أنه إن لم يوجد فقد وجد ما يدل عليه وهو جعل العتق صداقاً فأشبه

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١١١٥) ٣: كتاب النكاح، باب
وأخرجه أحمد في مسنده (١١٥٤٦) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٦٤) ١: ١٤٥ كتاب الصلاة، باب ما يذكر في الفخذ.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٦٥) ٢: ١٠٤٥ كتاب النكاح، باب فضيلة إعتاقه أمة ثم يتزوجها.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٣٨٠) ٦: ١٣١ كتاب النكاح، البناء في السفر.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٥٧) ١: ٦٢٩ كتاب النكاح، باب الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها.
وأخرجه أحمد في مسنده (١١٥٨١) طبعة إحياء التراث.

(٣) زيادة من المغني ٧: ٤٢٤.

ما لو تزوج امرأة هو وليها وكما لو قال الخاطب للولي : أزوجت ؟ فقال : نعم . وقال للمتزوج : أقبلت ؟ فقال : نعم عند أصحابنا .

الحكم الثاني : أن النكاح ينعقد بقوله : أعتقتك وجعلت عتقك صداقك وتزوجتك وبدون : تزوجتك وهذا لفظ الخرقي وهو الذي جاء في حديث أنس ، وبقوله : جعلت عتقك صداقك أو جعلت صداقك عتقك وهذا معنى قول الخرقي سواء تقدم العتق أو تأخر ونص أحمد على هذا في رواية صالح إذا قال : جعلت عتقك صداقك أو صداقك عتقك كل ذلك جائز .

الحكم الثالث : أن لا يكون بينهما فصل ولو قال : أعتقتك وسكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو تكلم بكلام أجنبي ثم قال : جعلت عتقك صداقك لم يصح النكاح ؛ لأنها صارت بالعتق حرة فيحتاج أن يتزوجها برضاها بصداق جديد .

الحكم الرابع : أنه لا بد من شاهدين إذا قلنا باشتراط الشهادة في النكاح نص أحمد على هذا في رواية الجماعة وذلك لقوله : «لا نكاح إلا بولي وشاهدين»[1] .

الحكم الخامس : أنه إذا طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها ؛ لأن الطلاق قبل الدخول يوجب الرجوع في نصف ما فرض لها ، وقد فرض لها نفسها ، ولا سبيل إلى الرجوع إلى الرق بعد زواله فرجع بنصف قيمة نفسها وتعتبر القيمة حال الإعتاق ؛ لأنها حالة الإتلاف فإن لم تكن قادرة على نصف القيمة فهل تستسعي فيها أو تكون ديناً تنتظر به إلى حال القدرة ؟ على روايتين . وإن قلنا أن النكاح لا ينعقد بهذا القول فعليها قيمة نفسها ؛ لأنه أزال ملكه بعوض لم تسلم له فرجع إلى قيمة المفوت كالبيع الفاسد وكذلك إن قلنا أن النكاح انعقد به فارتدت قبل الدخول أو فعلت ما ينفسخ به نكاحها مثل إن أرضعت زوجة له صغيرة ونحو ذلك انفسخ نكاحها وعليها قيمة نفسها .

مسألة : **(وإذا قال الخاطب للولي : أزوَّجتَ ؟ فقال : نعم وقال للمتزوِّج : قبلتَ ؟ فقال : نعم ، فقد انعقد النكاح إذا كان بحضرة شاهدين)** .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣٦٦.

ويحتمل أن لا ينعقد حتى يقول معه: زوجتك ابنتي ويقول الزوج: قبلتُ هذا التزويج؛ لأن هذين ركنا العقد فلا ينعقد بدونهما وهذا مذهب الشافعي.

والأول ظاهر المذهب؛ لأن نعم جواب لقوله: أزوجت وقبلت والسؤال يكون[1] مضمراً في الجواب معاداً فيه فيكون معنى نعم من الولي زوجته ابنتي ومعنى نعم من المتزوج قبلت هذا التزويج ولا احتمال فيه فيجب أن ينعقد به ولذلك لما قال الله تعالى: ﴿فهل وجدتم ما وعد ربكم حقًا قالوا نعم﴾ [الأعراف:٤٤] كان إقراراً منهم بوجدان ذلك أنهم وجدوا ما وعدهم ربهم حقاً ولو قيل لرجل: لي عليك ألف درهم؟ فقال: نعم. كان إقرارًا صريحًا لا يفتقر إلى نية ولا يرجع في ذلك إلى تفسيره. وبمثله تقطع اليد في السرقة فوجب أن ينعقد به التزويج؛ كما لو لفظ بذلك.

فصل

وينعقد النكاح بلفظ الإنكاح والتزويج، والجواب عنهما إجماعاً وهما اللذان ورد بهما نص الكتاب في قوله عز وجل: ﴿زوجناكها﴾ [الأحزاب:٣٧] وقوله: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾ [النساء:٢٢] وسواء اتفقا من الجانبين أو اختلفا مثل أن يقول: زوجتك ابنتي فيقول: قبلت هذا النكاح أو هذا التزويج.

ولا ينعقد بغير لفظ الإنكاح والتزويج وبهذا قال الشافعي.

ولأنه ليس بصريح في النكاح فلا ينعقد به كالإحلال. وهذا لأن الشهادة شرط للنكاح والكناية إنما تعمل بالنية ولا يمكن الشهادة على النية لعدم اطلاعهم عليها فيجب أن لا ينعقد، وبهذا فارق بقية العقود.

مسألة: **(وليس للحر أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات)**

أجمع أهل العلم على هذا ولا نعلم أحداً منهم خالف إلا شيئاً يحكى عن القاسم بن إبراهيم أنه أباح تسعاً لقوله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾ [النساء:٣] والواو للجمع.

---

(١) في الأصل: أن يكون. وما أثبتناه من المغني ٧: ٤٢٨.

ولأن النبي ﷺ قبض عن تسع وهذا ليس بشيء؛ لأنه خرق للإجماع وترك للسنة فإن النبي عليه السلام قال لغيلان بن سلمة حين أسلم وتحته عشر نسوة: «أمسك أربعًا وفارق سائرهن»[1]. رواه الشافعي في مسنده.

وعن قيس بن الحارث قال: «أسلمت وعندي ثمان نسوة فأتيت النبي ﷺ فذكرت ذلك فقال: اختر منهن أربعاً»[2] رواه أبو داود وابن ماجة.

وإذا مُنع من استدامة زيادة عن أربع فالابتداء أولى.

والآية أريد بها التخيير بين اثنتين وثلاث وأربع، كما قال: ﴿أولي أجنحة مثنى وثلاث ورباع﴾ [فاطر:١]، ولم يرد أن لكل ملك تسعة أجنحة، ولو أراد ذلك لقال تسعة، ولم يكن للتطويل معنى، ومن قال غير هذا فقد جهل اللغة العربية.

وأما النبي عليه الصلاة والسلام[3] فمخصوص بذلك، ويؤيد تخصيصه ما روى أنس قال: «كان النبي ﷺ يدور على نسائه في الساعة الواحدة من الليل والنهار وهن إحدى عشرة. قال قتادة: قلت لأنس وكان يُطيقُه؟ قال: كنا نتحدَّث أنه أُعطِيَ قُوَّةَ ثلاثين»[4] رواه أحمد والبخاري.

والخصم لا يقول بإباحة ما زاد على التسع فثبت أنه من خصائصه ﷺ.

مسألة: (**وليس للعبد أن يجمع إلا اثنتين**).

أجمع أهل العلم على أن للعبد أن ينكح اثنتين واختلفوا في إباحة الأربعة فذهب أحمد أنه لا يباح له أكثر من اثنتين وهذا قول عمر بن الخطاب وعلي وعبدالرحمن بن عوف وبه قال أبو حنيفة والشافعي ولا مخالف لهم في عصرهم فكان إجماعاً. وقد روى ليث بن بني سليم عن الحكم بن عيينة قال: أجمع

---

(١) أخرجه الشافعي في مسنده (٤٣) ٢: ١٦ كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٤١) ٢: ٢٧٢ أبواب الطلاق، باب في من أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٥٢) ١: ٦٢٨ كتاب النكاح، باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة.

(٣) زيادة يقتضيها السياق.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٦٥) ١: ١٠٥ كتاب الغسل، باب إذا جامع ثم عاد...

وأخرجه أحمد في مسنده (١٣٦٩٥) طبعة إحياء التراث.

أصحاب رسول الله ﷺ على أن العبد لا ينكح أكثر من اثنتين . وهذا يختص بعموم الآية على أن فيها ما يدل على إرادة الأحرار وهو قوله : ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء:٣] .

مسألة : (**وله أن يتسرى بإذن سيده**) .

هذا هو المنصوص عن أحمد في رواية الجماعة وهو قول ابن عمر وابن عباس وبه قال مالك وللشافعي فيه قولان مبنيان على أن العبد هل يملك بتمليك سيده أو لا ؟ وقال القاضي أبو يعلى : يجب أن يكون تسري العبد في المذهب على وجهين مبنيان على الروايتين في ثبوت الملك له بتمليك سيده واحتج من منع ذلك بأن العبد لا يملك المال ولا يجوز الوطء إلا في نكاح أو ملك يمين لقول الله تعالى : ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين ۞ فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون﴾ [المؤمنون:٦-٧] .

والصحيح الجواز ؛ لقول ابن عباس وابن عمر ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفاً .

ولأن العبد يملك في النكاح فملك التسري كالحر . وقولهم : إن العبد لا يملك المال ممنوع ؛ لأن النبي ﷺ قال : «من اشترى عبداً وله مال»[1] فجعل المال له .

ولأنه آدمي فيملك المال كالحر وذلك بأنه لآدميته يتمهد لأهلية الملك إذ كان الله خلق الأموال للآدميين ليستعينوا بها على القيام بوظائف التكاليف وأداء العبادات قال الله : ﴿خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾ [البقرة:٢٩] والعبد داخل في العموم ومن أهل التكليف والعبادات فيكون أهلاً للملك ولذلك ملك في النكاح ، وإذا ثبت الملك للجنين مع كونه نطفة لا حياة فيها باعتبار مآله إلى الآدمية فالعبد الذي هو مكلف أولى .

إذا ثبت هذا فلا يجوز له التسري إلا بإذن سيده ولو ملكه سيده جارية لم يبح له وطئها حتى يأذن له فيه ؛ لأن ملكه ناقص ولسيده نزعه منه متى شاء من

(١) أخرجه الطبراني في مسند الشاميين (٣٥٩) ١:٢٠٤.

غير فسخ عقد فلم يكن له التصرف فيه إلا بإذن سيده فإن أذن لـه فقـال : تسـرى بها أو أذنت لك في وطئها أو ما دل عليه أبيح له وما ولد له من التسـري فحكمـه حكم ملكه ؛ لأن الجارية مملوكة له فكذلـك ولدهـا وأن يتسـرى بغير إذن سـيده فالولد ملك لسيده .

مسألة : (**ومتى**[1] **طلق الحر أو العبد طلاقاً يملك فيه الرجعـة أو لا يملـك لم يكن له أن يتزوج أختها حتى تنقضي عدتها وكذلك إذا طلق واحدة مـن أربـع لم يتزوج حتى تنقضي عدتها وكذلك العبد إذا طلق إحدى زوجتيه**) .

أما الرجل إذا تزوج امرأة حرمت عليه أمها على التـأبيد ، وتحرم عليـه أختهـا وعمتها وخالتها وبنت أخيها وبنت أختها تحريـم جمـع ، وكذلـك إذا تـزوج الحـر أربعاً حرمت الخامسة تحريم جمع . وإن تزوج العبد اثنتين حرمت الثالثة تحريم جمـع فإذا طلق زوجتـه طلاقـاً رجعيـاً فـالتحريم بـاق بحالـه في قولهـم جميعـاً . وإن كـان الطلاق بائناً فكذلك عند إمامنا أحمد حتى تنقضي عدتها ، ويروى ذلك عن علي وابن عباس وزيد بن ثابت وبه قال أبو حنيفـة ؛ لمـا روي عـن النبي ﷺ أنـه قـال : «من كان يؤمن با لله واليوم الآخر فلا يجمع ماءه في رحم أختين»[2] .

وروي عن أبي الزناد قال : كان للوليد بن عبدالملك أربع نسوة فطلق واحـدة البتة وتزوج قبل أن تحل فعاب ذلك عليه كثير من الفقهاء .

ولأنها محبوسة عن النكاح لحقه أشبه ما لو كان الطلاق رجعياً .

ولأنها معتدة في حقه أشبهت الرجعية .

مسألة : (**ومن خطب امرأة فزوّج بغيرها لم ينعقد النكاح**) .

معنى ذلك : أن يخطب الرجل امرأة بعينها فيجاب على ذلك ثم يسمى له في العقد غيرها وهو يعتقدها أنها هي التي خطبها فيقبل فلا ينعقد النكاح ؛ لأن القبول

---

(١) في الأصل: ومن. وما أثبتناه من المغني ٧: ٤٤١.

(٢) لا أصل له. كذا أفاده الحافظ ابن حجر ٣: ٣٤٣. وروي في الصحيحين عن أم حبيبة قالت: «يا رسول الله انكح أختي قال: لا تحل لي» أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨١٣) ٥: ١٩٦١ كتاب النكاح، باب: ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم﴾.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٤٩) ٢: ١٠٧٢ كتاب الرضاع، باب تحريم الربيبة وأخت المرأة.

انصرف إلى غير من وجد الإيجاب فيه فلم يصح كما لو ساومه بثوب وأوجب العقد في غيره بغير علم المشتري فلو علم الحال بعد ذلك فرضي لم يصح. ومن شرط صحة النكاح تعيين الزوجين؛ لأن كل عاقد ومعقود عليه يجب تعيينهما كالمشتري والمبيع ثم ينظر فإن كانت المرأة حاضرة فقال: زوجتك هذه صح فإن الإشارة تكفي في التعيين فإن زاد على ذلك فقال: بنتي هذه أو هذه فلانة كان تأكيداً، وإن كانت غائبة فقال: زوجتك ابنتي وليس له سواها جاز فإن سماها باسمها مع ذلك كان تأكيداً، فإن كان له ابنتان أو أكثر فقال: زوجتك ابنتي لم يصح حتى يضم إلى ذلك ما تتميز به من اسم أو صفة فيقول: زوجتك ابنتي الكبرى أو الوسطى أو الصغرى فإن سماها مع ذلك كان تأكيداً، وإن قال: زوجتك ابنتي عائشة أو فاطمة صح، وإن كانت له ابنة واحدة اسمها فاطمة فقال: زوجتك فاطمة لم يصح؛ لأن هذا الاسم مشترك بينها وبين سائر الفواطم حتى يقول مع ذلك ابنتي.

مسألة: (**وإذا تزوجها وشرط لها أن لا يخرجها من دارها أو بلدها فلها شرطها؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «أحق ما أوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج»**[1] **، وإذا نكحها على أن لا يتزوج عليها فلها فراقه إن تزوج عليها**).

أما الشروط في النكاح فتنقسم أقساماً ثلاثة:

أحدها: ما يلزم الوفاء به وهو ما يعود إليها نفعه وفائدته مثل: أن يشترط لها أن لا يخرجها من دارها أو بلدها أو لا يسافر بها، أو لا يتزوج عليها، ولا يتسرى عليها، فهذا يلزمه الوفاء لها به فإن لم يفعل فلها فسخ النكاح. يروى هذا عن عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمرو بن العاص؛ لما روى عقبة بن عامر قال: قال النبي ﷺ: «إن أحق ما أوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج»[2] رواه سعيد.

---

(١) سيأتي تخريجه قريباً.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٦٥٨) ١: ١٨٠ باب ما جاء في الشرط في النكاح.

وفي لفظ : «إن أحق الشروط أن توفوا بها ما استحلَلتم بـه الفـروج»[1] رواه الجماعة .

وقوله عليه السلام : «المسلمون على شروطهم»[2] .

ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا نعلم لهم مخالفاً في عصرهم فكان إجماعاً .

وروى الأثرم بإسناده «أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها فخاصموه إلى عمر . فقال : لها شرطها . فقال الرجل : إذًا تطلقينا . فقال عمر : مقاطع الحقوق عند الشروط»[3] .

ولأنه شرَط لها فيه منفعة ومقصود فلا يمنع المقصود من النكاح . فكان لازمًا ؛ كما لو اشترطت عليه زيادة في المهر أو غير نقد البلد .

القسم الثاني : ما يبطل الشرط ويصح العقد مثل : إن شرط أن لا مهر لها أو أن لا ينفق عليها أو إن أصدقها رجع عليها أو تشترط عليه أن لا يطأها أو يعزل عنها أو يقسم لها أقل من قسم صاحبتها أو أكثر أو لا يكون عندها في الجمعة إلا ليلة أو شرط لها النهار دون الليل أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئاً ، فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها ؛ لأنها تنافي مقتضى العقد .

ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم يصح كما لو أسقط الشفيع شفعته قبل البيع . وأما العقد في نفسه فصحيح ؛ لأن هذه الشروط

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٥٦) ٥: ١٩٧٨ كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤١٨) ٢: ١٠٣٥ كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢١٣٩) ٢: ٢٤٤ كتاب النكاح، باب في الرجل يشترط لها دارها.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٢٧) ٣: ٤٣٤ كتاب النكاح، باب ما جاء في الشرط عند عقدة النكاح.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٢٨١) ٦: ٩٢ كتاب النكاح، الشروط في النكاح.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٥٤) ١: ٦٢٨ كتاب النكاح، باب الشرط في النكاح.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٦٨٥١) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٩٤) ٣: ٣٠٤ كتاب الأقضية، باب في الصلح.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٥٢) ٣: ٦٣٤ كتاب الأحكام ، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس.

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٦٦٢) ١: ١٨١ كتاب النكاح، باب ما جاء في الشرط في النكاح .
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٢٤٩ كتاب الصداق، باب الشروط في النكاح .

تعود إلى معنى زائد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطله كما لو شرط في العقد صداقاً محرماً .

ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد كالعتاق .

وقد نقل عن أحمد كلام في بعض هذه الشروط يحتمل إبطال العقد نقل عنه المروذي في النهاريات والليليات : ليس هذا من نكاح أهل الإسلام ، ولعل كراهة أحمد لهذه الرواية راجع إلى الشرط وإجازته في الأولى راجعة إلى أصل النكاح فتكون أقواله متفقة على صحة النكاح وإبطال الشرط كما قلنا . وقال القاضي : إنما كره أحمد هذا النكاح ؛ لأنه يقع على وجه السر ونكاح السر منهي عنه فإن شرط عليه ترك الوطء احتمل أن يفسدَ العقد ؛ لأنه شرط ينافي المقصود من النكاح وهذا مذهب الشافعي وكذلك إن شرط عليه أن لا تسلم إليه فهو بمنزلة ما لو اشترى شيئاً على شرط أن لا يقبضه . وإن شرط عليها أن لا يطأها لم يفسد ؛ لأن الوطء حقه عليها وهي لا تملكه عليه ويحتمل أن يفسد ؛ لأن لها فيه حقاً ولذلك تملك مطالبته به إذا آلى والفسخ إذا تعذر بالجب والعنة .

القسم الثالث : ما يبطل النكاح من أصله مثل : أن يشترطا تأقيت النكاح وهو نكاح المتعة ، أو أن يطلقها في وقت بعينه ، أو يعلقه مثل أن يقول : زوجتك إن رضيت أمها أو فلان أو بشرط الخيار في النكاح لهما أو لأحدهما فهذه شروط باطلة في نفسها ويبطل بها النكاح وكذلك إن جعل صداقها تزويج امرأة أخرى وهو نكاح الشغار . ويذكر ذلك في مواضعه إن شاء الله تعالى .

مسألة : **(ومن أراد أن يتزوج امرأة فله أن ينظر إليها من غير أن يخلو بها)** .

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في إباحة النظر إلى المرأة لمن أراد نكاحها ، وقد روى جابر قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : «إذا خطب أحدكم المرأة فقدر أن يرى منها بعض ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل»[1] . رواه أحمد وأبو داود .

وفي هذا أحاديث كثيرة سوى هذا .

ولأن النكاح عقد يقتضي التمليك فكان للعاقد النظر إلى المعقود عليه كالنظر إلى الأمة المستامة ، ولا بأس بالنظر إليها بإذنها وغير إذنها ؛ لأن النبي ﷺ أمرنا بالنظر وأطلق وفي حديث جابر : «فكنتُ أتخبَّأُ لها حتى رأيتُ منها ما دعَاني إلى نِكاحِها . فتزوجتُها»[2] . رواه أبو داود .

ولا يجوز له الخلوة بها ؛ لأنها كانت محرَّمة و لم يُرد الشرع بغير النظر فبقيت على التحريم .

ولأنه لا يؤمن مع الخلوة مواقعة المحظور فإن النبي ﷺ قال : «لا يخلونَّ رجل بامرأة لا تحل له فإن ثالثهما الشيطان»[3] . رواه أحمد من حديث عامر بن ربيعة .

ولا ينظر إليها نظر تلذذ وشهوة ولا لريبة . قال أحمد : وله أن يردد النظر إليها ويتأمل محاسنها ؛ لأن المقصود لا يحصل إلا بذلك .

ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة النظر إلى وجهها وذلك لأنه ليس بعورة وهو مجمع المحاسن وموضع النظر ولا يباح له النظر إلا ما لا يظهر عادة ؛ لقول الله تعالى : ﴿ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها﴾ [النور :٣١] قال ابن عباس : «هو الوجه وباطن الكفين»[4] .

ولأن النظر محرم أبيح للحاجة فيختص بما تدعو إليه الحاجة وهو ما ذكرنا .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٨٢) ٢: ٢٢٨ كتاب النكاح، باب في الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها .
وأخرجه أحمد في مسنده (١٤٥٨٥) ٣: ٣٣٤.

(٢) تكملة للحديث السابق وقد سبق تخريجه .

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (١٥٢٦٩) طبعة إحياء التراث.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢: ٢٢٥ كتاب الصلاة، باب عورة المرأة الحرة . عن ابن عباس رضي الله عنه .
وفي ٢: ٢٢٦ كتاب الصلاة، باب عورة المرأة الحرة . عن عائشة رضي الله عنها .

وأما ما يظهر غالباً سوى الوجه كالكفين[1] والقدمين ونحو ذلك مما تظهره المرأة في منزلها ففيه روايتان :

إحداهما : لا يباح النظر إليه ؛ لأنه عورة فلم يبح النظر إليه كالذي لا يظهر .

ولأن الحاجة تندفع بالنظر إلى الوجه فبقي ما عداه على التحريم .

والثانية : له النظر إلى ذلك . قال أحمد في رواية حنبل : لا بأس أن ينظر إليها عند الخطبة حاسرة . ووجه جواز النظر إلى ما يظهر غالباً أن النبي ﷺ لما أذن في النظر إليها من غير علمها عُلم أنه أذن في النظر إلى جميع ما يظهر غالباً إذ لا يمكن إفراد الوجه بالنظر مع مشاركة غيره له في الظهور .

ولأنه يظهر غالباً فأبيح النظر إليه كالوجه .

ولأنها امرأة أبيح له النظر إليها بأمر الشارع فأبيح النظر منها إلى ذلك كذوات المحارم .

مسألة : **(وإذا زوج أمة وشرط عليه أن تكون عندهم بالنهار ويبعث بها إليه بالليل ، فالعقد والشرط جائزان وعلى الزوج النفقة مدة مقامها عنده)** .

أما الشرط فصحيح ؛ لأنه لا يُخلُّ بمقصود النكاح فإن الاستمتاع إنما يكون ليلاً ، فإذا كان الشرط صحيحاً لم يمنع صحة العقد فيكونان صحيحين ، وعلى الزوج النفقة في الليل ؛ لأنها سلمت إليه فيه وليس عليه نفقة النهار ؛ لأنها في مقابلة الاستمتاع وهو لا يتمكن من الاستمتاع بها في تلك الحال وإذا لم تجب نفقة النهار على الزوج وجبت على السيد ؛ لأنها في خدمته حينئذ أو لأنها باقية على الأصل في وجوبها على السيد فتكون نفقتها بينهما نصفين وكذلك الكسوة .

فصل

فإن زوجها من غير شرط فقال القاضي : الحكم فيه كما لو شرط وله استخدامها نهاراً وعليه إرسالها ليلاً للاستمتاع بها ؛ لأنه زمانه وذلك لأن السيد يملك من أمته منفعتين منفعة الاستخدام والاستمتاع فإذا عقد على إحداهما لم

(١) في الأصل: والكفين. وما اثبتناه من المغني: ٧: ٤٥٤.

يلزمه تسليمها إلا في زمن استيفائها كما لو أجرها لتخدمه لم يلزمه تسليمها إلا في زمنها وهو بالنهار والنفقة بينهما على قدر إقامتها عندهما فإن تبرع السيد بإرسالها ليلاً ونهاراً فالنفقة كلها على الزوج وإن تبرع الزوج بتركها عند السيد ليلاً ونهاراً لم تسقط نفقتها عنه ولو تبرع كل واحد بتركها عند الآخر وتدافعاها كانت نفقتها كلها على الزوج ؛ لأن الزوجية تقتضي وجوب النفقة ما لم يمنع من استمتاعها عدواناً أو بشرط ونحوه ولذلك تجب نفقتها مع تعذر استمتاعها بمرض أو حيض أو نحوهما فإذا لم يكن من السيد هاهنا منع وجبت النفقة على الزوج ؛ لوجود الزوجية المقتضية وعدم المانع منها .

فصل

وإن أراد الزوج السفر بها لم يملك ذلك ؛ لأنه يفوت خدمتها المستحقة لسيدها وإن أراد السيد السفر بها فقد توقف أحمد عن ذلك وقال[1] ما أدري .

قال صاحب المغني : فيحتمل المنع منه ؛ لأنه يفوت حق الزوج منها ، فمنع منه قياساً على ما لو منع من الإقامة .

ولأنه مالك لأحد منفعتيها فملك منع الآخر من السفر بها كالسيد ، وكما لو أجرها وأراد السفر بها . ويحتمل أن له السفر بها ؛ لأنه مالك رقبتها كسيد العبد إذا زوجه ، وإن شرط الزوج أن تسلم إليه الأمة ليلاً ونهاراً جاز وعليه نفقتها كلها ، وليس للسيد السفر بها ؛ لأنه لا حق له في نفعها . وا لله أعلم .

(١) زيادة من المغني ٧: ٤٦٧.

باب ما يحرم نكاحه والجمع بينه وغير ذلك

التحريم للنكاح ضربان: تحريم عين وتحريم جمع، ويتنوع أيضاً نوعين: تحريم سبب وتحريم نسب. والأصل في ذلك الكتاب والسنة والإجماع. فأما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾ [النساء:٢٣] والآية التي قبلها والتي بعدها.

وأما السنة فما روي عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يجمع الرجل بين المرأةِ وعمتها، ولا بينها وبين خالتها»[1] رواه الجماعة إلا ابن ماجة والترمذي.

وعن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «إن الرَّضاعةَ تحرِّمُ ما تحرِّمُ الولادة»[2] رواه الجماعة.

وأجمعت الأمة على تحريم ما نص الله تعالى على تحريمه.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٢٠) ٥: ١٩٦٥ كتاب النكاح، باب لا تنكح المرأة على عمتها.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٠٨) ٢: ١٠٢٨ كتاب النكاح، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٠٦٦) ٢: ٢٢٤ كتاب النكاح، باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٢٨٨) ٦: ٩٦ كتاب النكاح، الجمع بين المرأة وعمتها.
وأخرجه أحمد في مسنده (٩٦٧٠) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٩٣٨) ٣: ١١٣١ أبواب الخمس، باب ما جاء في بيوت أزواج النبي ﷺ.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٤٤) ٢: ١٠٦٨ كتاب الرضاع، باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٠٥٥) ٢: ٢٢١ كتاب النكاح، باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٤٧) ٣: ٤٥٣ كتاب الرضاع، باب ما جاء يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٣١٣) ٦: ١٠٢ كتاب النكاح، لبن الفحل.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٣٧) ١: ٦٢٣ كتاب النكاح، باب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٤٩٢٥) طبعة إحياء التراث.

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله :(**والمحرَّمات نكاحهن بالأنساب : الأمهات ، والبنات ، والأخوات ، والعمات ، والخالات ، وبنات الأخ ، وبنات الأخت . والمحرمات بالأسباب : الأمهات المرضعات ، والأخوات من الرضاعة ، وأمهات النساء ، وبنات النساء اللاتي دُخل بهن ، وحلائل الأبناء ، وزوجات الأب والجمع بين الأختين**) .

أما المنصوص على تحريمهن في الكتاب فأربع عشرة : سبع بالنسب واثنتان بالرضاع وأربع بالمصاهرة وواحدة بالجمع ، فأما اللواتي بالنسب فأولهن الأمهات وهن : كل من انتسب إليها بولادة سواء وقع عليها اسم الأم حقيقة وهي التي ولدتك أو مجازاً وهي التي ولدت من ولدك وإن علت من ذلك جدتاك أم أمك وأم أبيك وجدتا أمك وجدتا أبيك وجدات جداتك وجدات أجدادك وإن علو وارثات كن أو غير وارثات كلهن أمهات محرمات .

ذكر أبو هريرة هاجر أم إسماعيل فقال : «تلك أمكم يا بني ماء السماء» .

وفي الدعاء : «اللهم! صل على أبينا آدم وأمنا حواء» .

والبنات وهي كل أنثى انتسبت إليك بولادتك كابنة الصلب وبنات البنين والبنات وإن نزلت درجتهن وارثات أو غير وارثات كلهن بنات محرمات ؛ لقوله تعالى : ﴿وبناتكم﴾ [النساء:٢٣] فإن كل امرأة بنت آدم كما أن كل رجل ابن آدم قال الله : ﴿يا بني آدم﴾ [الأعراف:٢٦] .

والأخوات من الجهات الثلاث من الأبوين أو من الأب أو من الأم ؛ لقوله تعالى : ﴿وأخواتكم﴾ [النساء:٢٣] ولا تفريع عليهن .

والعمات أخوات الأب من الجهات الثلاث وأخوات الأجداد من قبل الأب ومن قبل الأم قريباً كان الجد أو بعيداً وراثاً أو غير وارث ؛ لقوله تعالى : ﴿وعماتكم﴾ [النساء:٢٣] .

والخالات أخوات الأم من الجهات الثلث وأخوات الجدات وإن علون وقد ذكرنا أن كل جدة أم وكذلك كل أخت لجدة خالة محرمة ؛ لقوله تعالى : ﴿وخالاتكم﴾ [النساء:٢٣] .

وبنات الأخ كل امرأة انتسبت إلى أخ بولادة فهي بنت أخ محرمة من أي جهة كان الأخ ؛ لقوله تعالى : ﴿وبنات الأخ﴾ [النساء :٢٣] .

وبنات الأخت كذلك أيضاً محرمات ؛ لقوله تعالى : ﴿وبنات الأخت﴾ [النساء :٢٣] فهؤلاء المحرمات بالأنساب .

النوع الثاني : تحريم السبب وهو قسمان : رضاع ومصاهرة ، فأما الرضاع فالمنصوص على التحريم فيه اثنتان الأمهات المرضعات ، وهي اللاتي أرضعتك وأمهاتهن وجداتهن وإن علت درجتهن على حسب ما ذكرناه في النسب محرمات لقوله : ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾ [النساء :٢٣] كل امرأة أرضعتك أمها أو أرضعتها أمك أو أرضعتك وإياها امرأة واحدة أو أرضعت أنت وهي من لبن رجل واحد كرجل له امرأتان لهما منه لبن أرضعتك إحداهما وأرضعتها الأخرى فهي أختك محرمة عليك ؛ لقوله تعالى : ﴿وأخواتكم من الرضاعة﴾ [النساء :٢٣] .

القسم الثاني : تحريم المصاهرة والمنصوص عليه أربع : أمهات النساء فمن تزوج امرأة حرم عليه كل أم لها من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة بمجرد العقد ، وهو قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة ومالك والشافعي ؛ لقوله تعالى : ﴿وأمهات نسائكم﴾ [النساء :٢٣] والمعقود عليها من نسائه ، فتدخل أمها في عموم الآية .

قال ابن عباس : «أبهموا ما أبهم القرآن» يعني : عمموا حكمها في كل حال ، ولا تفصلوا بين المدخول بها وبين غيرها .

الثانية : بنات النساء اللاتي دُخل بهن وهن الربائب فلا يحرمن إلا بالدخول بأمهاتهن . وهن كل بنت للزوجة من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة وارثة أو غير وارثة على حسب ما ذكرنا في البنات إذا دخل بالأم حرمت عليه سواء كانت في حجره أو لم تكن في قول عامة الفقهاء .

قال ابن المنذر : أجمع علماء الأمصار على هذا القول .

ولأن التربية لا تأثير لها في التحريم كسائر المحرمات، وإنما ذكر الله الحجر لغالب حالها وما خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك بمفهومه.

وإن لم يدخل بالمرأة لم تحرم عليه بناتها في قول عامة علماء الأمصار إذا بانت من نكاحه إلا أن تموت قبل الدخول ففيه روايتان:

إحداهما: تحرم ابنتها وبه قال زيد بن ثابت وهي اختيار أبي بكر؛ لأن الموت أقيم مقام الدخول في تكميل العدة والصداق فيقوم مقامه في تحريم الربيبة.

والثانية: لا تحرم. وهو قول علي ومذهب عامة العلماء. قال ابن المنذر: أجمع عوام علماء الأمصار أن الرجل إذا تزوج المرأة ثم طلقها أو ماتت قبل أن يدخل بها حل له أن يتزوج ابنتها؛ لأن الله قال: ﴿من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾ [النساء: ٢٣]. وهذا نص لا يُترك لقياس ضعيف.

ولأنها فرقة قبل الدخول فلم تحرم الربيبة كفرقة الطلاق والموت لا يجري مجرى الدخول في الإحصان والإحلال وعدم الأقراء، وقيامه [مقامه][1] من وجه ليس بأولى من مفارقته إياه من وجه آخر ولو قام مقامه من كل وجه فلا يترك له صريح نص الله تعالى ونص رسوله لقياس ولا غيره.

إذا ثبت هذا فإن الدخول بها هو وطؤها كنى عنه بالدخول فإن خلا بها ولم يطأها لم تحرم ابنتها؛ لأنها غير مدخول بها، وظاهر قول الخرقي تحريمها لقوله: فإن خلا بها وقال: لم أطأها وصدقته لم يلتفت إلى قولهما وكان حكمهما حكم الدخول في جميع أمورهما إلا في الرجوع إلى زوج طلقها ثلاثاً أو في الزنا فإنهما يجلدان ولا يرجمان وسنذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى.

الثالثة: حلائل الأبناء يعني أزواجهم سميت امرأة الرجل حليلة؛ لأنها محل إزار زوجها وهي محللة له، فيحرم على الرجل أزواج أبنائه وأبناء بناته من نسب

---

(١) زيادة من المغني ٧: ٤٧٤.

أو رضاع قريباً كان أو بعيداً بمجرد العقد؛ لقوله تعالى: ﴿وحلائل أبنائكم﴾ [النساء:٢٣] ولا نعلم في هذا خلافاً.

الرابعة: زوجات الأب فتحرم على الرجل امرأة أبيه قريباً كان أو بعيداً وارثاً أو غير وارث من نسب أو رضاع؛ لقول الله: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف﴾ [النساء:٢٢] وسواء في هذا امرأة أبيه أو امرأة جده لأبيه أو جده لأمه قرُبا أم بعُدا وليس في هذا بين أهل العلم خلاف، ويحرم من وطئها أبوه أو ابنه بملك يمين أو شبهة كما يحرم عليه من وطئها في عقد نكاح.

قال ابن المنذر: الملك في هذا والرضاع بمنزلة النسب.

الضرب الثاني: تحريم الجمع والمذكور في الكتاب الجمع بين الأختين سواء كانتا من نسب أو رضاع حرتين كانتا أو أمتين أو حرة وأمة من أبوين كانتا أو من أب أو من أم وسواء في هذا ما قبل الدخول أو بعده لعموم الآية فإن تزوجهما في عقد واحد فسد؛ لأنه لا مزية لإحداهما على الأخرى وسواء علم بذلك حال العقد أو بعده فإن تزوج إحداهما بعد الأخرى فنكاح الأولى صحيح؛ لأنه لم يحصل فيه جمع ونكاح الثانية باطل؛ لأنه يحصل بها الجمع وليس في هذا اختلاف ولا عليه تفريع.

مسألة: (**ويحرُم من الرضاع ما يحرُم من النسب**).

كل امرأة حرمت من النسب حرم مثلها من الرضاع؛ لقوله عليه السلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[١].

ولأن الله تعالى نص على الأمهات والأخوات، والباقيات يدخلن في عموم لفظ سائر المحرمات، ولا نعلم في هذا خلافاً.

مسألة: (**ولبن الفحْل محرِّم**).

معناه: أن المرأة إذا أرضعت طفلاً بلبن ثاب من وطء رجل حرم الطفل على الرجل وأقاربه، كما يحرم ولده من النسب؛ لأن اللبن من الرجل، كما هو من

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٠٢) ٢: ٩٣٥ كتاب الشهادات، باب الشهادة على الأنساب..
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٤٧) ٢: ١٠٧١ كتاب الرضاع، باب تحريم ابنة الأخ من الرضاعة.

المرأة فيصير الطفل ولداً للرجل والرجل أباه، وأولاد الرجل إخوته سواء كانوا من تلك المرأة أو من غيرها، وإخوة الرجل وأخواته أعمام الطفل وعماته، وآباؤه وأمهاته أجداده وجداته. وسئل ابن عباس عن رجل له جاريتان أرضعت إحداهما جارية والأخرى غلاماً فقال: لا اللقاح واحد. قال الترمذي: هذا تفسير لبن الفحل. قال ابن عبدالبر: وإليه ذهب فقهاء الأمصار بالحجاز والعراق والشام وجماعة أهل الحديث وذلك لما روت عائشة رضي الله عنها «أن أفلح [أخا][1] أبا القعيس جاء يستأذن عليها وهو عمها من الرضاعة بعد أن نزل الحجاب فأبت أن تأذن له فلما جاء رسول الله أخبرته بالذي صنعت فأمرها أن تأذن له»[2]. رواه الجماعة.

مسألة: **(والجمع بين المرأة وعمتها وبينها وبين خالتها)**.

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على القول به وليس فيه اختلاف، إلا أن بعض أهل البدع ممن لا تُعدُّ مخالفته خلافاً وهم الرافضة والخوارج لم يحرموا ذلك ولم يقولوا بالسنة الثابتة عن رسول الله ﷺ وهي ما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يُجمعُ بين المرأةِ وعمتها، ولا بين المرأةِ وخالتها»[3] رواه الجماعة إلا ابن ماجة والترمذي.

ولأن العلة في تحريم الجمع بين الأختين إيقاع العداوة بين الأقارب وإفضاؤه إلى قطيعة الرحم المحرم وهذا موجود فيما ذكرنا.

ثم لا فرق بين الخالة والعمة حقيقة أو مجازاً كعمات آبائها وخالاتهم وعمات أمهاتها وخالاتهن وإن علت درجتهن من نسب كان أو من رضاع،

---

(١) زيادة من الصحيح.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨١٥) ٥: ١٩٦٢ كتاب النكاح، باب لبن الفحل.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٤٥) ٢: ١٠٦٩ كتاب الرضاع، باب تحريم الرضاعة من ماء الفحل.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٠٥٧) ٢: ٢٢٢ كتاب النكاح، باب في لبن الفحل.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٤٨) ٣: ٤٥٣ كتاب الرضاع، باب ما جاء في لبن الفحل.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٣١٦) ٦: ١٠٣ كتاب النكاح، لبن الفحل.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٤٨) ١: ٦٢٧ كتاب النكاح، باب لبن الفحل.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٤٩١٥) طبعة إحياء التراث.

(٣) سبق تخريجه ص: ٣٦٣.

فكل شخصين لا يجوز لأحدهما أن يتزوج الآخر لو كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى لأجل القرابة لا يجوز الجمع بينهما لتأدية ذلك إلى قطع الرحم القريبة لما في الطباع من التنافس والغيرة بين الضرائر ، ولا يجوز الجمع بين المرأة وأمها في العقد لما ذكرناه .

ولأن الأم إلى ابنتها أقرب من الأختين فإذا لم يجمع بين الأختين فالمرأة وبنتها أولى .

مسألة : (**وإذا عقد على المرأة وإن لم يدخل بها فقد حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها ، والجد وإن علا فيما قلت بمنزلة الأب وابن الابن فيه وإن سفل بمنزلة الابن**) .

أما الرجل إذا عقد على المرأة عقد النكاح حرمت على أبيه بمجرد العقد عليها لقوله تعالى : ﴿وحلائل أبنائكم﴾ [النساء:٢٣] وهذه من حلائل أبنائه ، وتحرم على أبيه ؛ لقوله عز وجل : ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم﴾ [النساء:٢٢] وهذه قد نكحها أبوه ، وتحرم أمها عليه ؛ لقوله تعالى : ﴿وأمهات نسائكم﴾ [النساء:٢٣] وهذه منهن . والجد كالأب في هذا وابن الابن كالابن فيه ؛ لأنهم يدخلون في اسم الآباء والأبناء وسواء في هذا القريب والبعيد والوارث وغيره من قبل الأب والأم ومن ولد البنين أو ولد البنات وقد تقدم ذلك .

مسألة : (**وكل من ذكرنا من المحرمات من النسب والرضاع فبناتهن في التحريم كهن إلا بنات العمات والخالات وبنات من نكحهن الآباء والأبناء فإنهن محللات وكذلك بنات الزوجة التي لم يدخل بها**) .

ومعناه : أن كل محرمة تحرم ابنتها لتناول التحريم لها فالأمهات تحرم بناتهن ؛ لأنهن أخوات أو عمات أو خالات والبنات تحرم بناتهن ؛ لأنهن بنات وتحرم بنات الأخوات وبناتهن ؛ لأنهن بنات الأخت وكذلك بنات بنات الأخ إلا بنات العمات والخالات فلا يحرمن بالإجماع ؛ لقوله تعالى : ﴿وبناتِ عمك وبناتِ عماتك وبناتِ خالك وبناتِ خالاتك﴾ [الأحزاب:٥٠] فأحلهن الله لنبيه عليه السلام .

ولأنهن لم يذكرن في التحريم فيدخلن في قوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء:٢٤] وكذلك لا تحرم بنات زوجات الآباء والأبناء؛ لأنهن حرمن لكونهن حلائل الآباء والأبناء ولم يوجد ذلك في بناتهن ولا وجدت فيهن علة أخرى تقتضي تحريمهن فدخلت في قوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء:٢٤] وكذلك بنات الزوجة التي لم يدخل بها محللات لقوله سبحانه: ﴿فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾ [النساء:٢٣] وهن الربائب وليس هؤلاء ممن حرمت أمهن وإنما ذكرها؛ لأنها محللة يشتبه حكمها.

فإن قيل: فلم حرمت ابنة الربيبة ولم تحرم ابنة حليلة الابن؟

قلنا: لأن ابنة الربيبة ربيبة وابنة الحليلة ليست حليلة.

ولأن علة تحريم الربيبة أنه يشق التحرز من النظر إليها والخلوة بها لكونها في حجره في بيته، وهذا المعنى يوجد في بنتها وإن سفلت والحليلة حرمت بنكاح الأب والابن لها ولا يوجد ذلك في ابنتها.

مسألة: (**ووطء الحرام محرم كما يحرم وطء الحلال والشبهة**).

يعني: أنه يثبت به تحريم المصاهرة فإذا زنا بامرأة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها كما لو وطئها بشبهة أو حلالاً، ولو وطئ أم امرأته أو ابنتها حرمت عليه امرأته نص أحمد على هذا في رواية جماعة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه؛ لقول الله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾ [النساء:٢٢] والوطء يسمى نكاحاً، فيدخل في عموم الآية وفي الآية قرينة تصرفه إلى الوطء وهي قوله تعالى: ﴿إنه كان فاحشةً ومقتًا وساء سبيلا﴾ [النساء:٢٢]، وهذا التغليظ إنما يكون في الوطء.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا ينظرُ اللهُ إلى رجلٍ نظرَ إلى فرج امرأته وابنتِهَا»[1].

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٦٢٢٨) ٣: ٤٦٩ كتاب النكاح، الرجل يقع على أم امرأته أو ابنة امرأته ما حال امرأته؟

وأخرجه الدارقطني في سننه (٩٢) ٣: ٢٦٨ كتاب النكاح، باب المهر.

⇦

ولأن ما تعلق من التحريم بالوطء المباح تعلق بالمحظور ؛ كوطء الحائض .

ولأن النكاح عقد يفسده الوطء بالشبهة . فأفسده الوطء الحرام ؛ كالإحرام .

فصل

والوطء على ثلاثة أضرب : مباح ، وهو الوطء في نكاح صحيح أو ملك يمين ، فيتعلق به تحريم المصاهرة بالإجماع ، ويصير محرماً لمن حرمت عليه ؛ لأنها حرمت عليه على التأبيد بسبب مباح . أشبه النسب .

والثاني : الوطء بشبهة وهو الوطء في نكاح فاسد أو شراء فاسد أو وطء امرأة ظنها امرأته أو أمته أو وطئ الأمة المشتركة بينه وبين غيره وأشباه ذلك فهذا يتعلق به التحريم كتعلقه بالوطء المباح إجماعاً . حكاه ابن المنذر .

ولأنه وطء يلحق به النسب فأثبت التحريم كالوطء المباح ولا يصير به الرجل محرماً لمن حرمت عليه ولا يباح له به النظر إليها ؛ لأن الوطء ليس بمباح .

ولأن المحرمية تتعلق بكمال حرمة الوطء ؛ لأنها إباحة .

ولأن الموطوءة لم يستبح النظر إليها فلئلا يستبح النظر إلى غيرها أولى .

الثالث : الحرام المحض وهو الزنا فيثبت به التحريم على ما ذكرنا ولا تثبت به المحرمية ولا إباحة النظر ؛ لأنه إذا لم يثبت بوطء الشبهة فبالحرام المحض أولى ولا يثبت به نسب ولا يجب به المهر إذا طاوعته فيه .

مسألة : **(وإن تزوج أختين من نسب أو رضاع في عقد واحد فسد ، وإن تزوجهما في عقدين فالأولى زوجته والقول فيهما القول في المرأة وعمتها والمرأة وخالتها)** .

أما الجمع بين المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها فمحرم فمن جمع بينهما فعقد عليهما معاً لم يصح العقد في واحدة منهما ؛ لأنه لا يمكن تصحيحه فيهما ولا مزية لإحداهما على الأخرى فيبطل فيهما كما لو زوجت المرأة لرجلين وهكذا لو

⇨

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ١٧٠ كتاب النكاح، باب الزنا لا يحرم الحلال . كلهم رووه موقوفاً على ابن مسعود .

تزوج خمسة في عقد واحد بطل في الجميع لذلك وإن تزوجهما في عقدين فنكاح الأولى صحيح؛ لأنه لا جمع فيه ونكاح الثانية باطل؛ لأن الجمع يحصل به فبالعقد على الأولى تحرم الثانية فلا يصح عقده عليها حتى تبين الأولى منه ويزول نكاحها وعدتها .

مسألة : **(وإن تزوج أخته من الرضاعة وأجنبية في عقد واحد ثبت نكاح الأجنبية)** .

أما إذا عقد النكاح على أخته وأجنبية معاً بأن يكون لرجل أخت وابنة عم إحداهما رضيعة المتزوج فيقول له : زوجتكهما معاً فيقبل ذلك فالمنصوص هاهنا صحة نكاح الأجنبية ونص فيمن تزوج حرة وأمة على أنه يثبت نكاح الحرة ويفارق الأمة ، وقيل فيه روايتان إحداهما : يفسد فيهما وهو أحد قولي الشافعي واختيار أبي بكر ؛ لأنها لفظة واحدة جمعت حلالاً وحراماً فلم يصح كما لو جمع بين أختين .

والثانية : يصح في الحرة وهي أظهر الروايتين وبه قال أبو حنيفة ومالك ؛ لأنها محل قابل للنكاح أضيف إليها عقد صادر من أهله لم يجتمع معها فيه مثلها فصح كما لو انفردت به وفارق العقد على الأختين ؛ لأنه لا مزية لإحداهما على الأخرى وهاهنا قد تعينت التي بطل النكاح فيها .

فعلى هذا القول يكون لها من المسمى بقسط مهر مثلها منه ، وفيه وجه آخر أن لها نصف المسمى وأصل هذين الوجهين إذا تزوج امرأتين يجوز له نكاحهما بمهر واحد هل يكون بينهما على قدر صداقهما أو نصفين على وجهين .

مسألة : **(وإذا اشترى أختين فأصاب إحداهما لم يُصب الأخرى حتى تحرم الأولى ببيع أو نكاح أو هبة وما أشبهه ويعلم أنها ليست بحامل ، فإن عادت إلى ملكه لم يصب واحدة منهما حى تحرم عليه[1] الأولى)** .

هذه المسألة تشتمل على فصول :

(١) زيادة من المغني ٧: ٤٩٢.

الأول : أنه يجوز الجمع بين الأختين في الملك بغير خلاف بين أهل العلم ، وكذلك بينها وبين عمتها وخالتها ولو اشترى جارية فوطئها حل له شراء أختها وعمتها وخالتها ؛ لأن الملك يقصد به التمول دون الاستمتاع ، وكذلك حل له شراء المجوسية والوثنية والمعتدة والمزوجة والمحرمات عليه بالرضاع وبالمصاهرة .

الفصل الثاني : أنه لا يجوز الجمع بين الأختين من إمائه في الوطء نص عليه في رواية الجماعة وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي . وروي عن ابن عباس أنه قال : «أحلتهما آية وحرمتهما آية ولم أكن لأفعله»[1] ، ويُروى ذلك عن علي أيضاً[2] .

يريد بالمحرمة قوله : ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾ [النساء:٢٣] وبالمحللة قوله : ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾ [المؤمنون:٦] .

وقد روى ابن منصور عن أحمد وسأله عن الجمع بين الأختين المملوكتين أحرام هو ؟ قال : لا أقول حرام ولكن ينهى عنه فظاهر هذا أنه مكروه غير محرم والمذهب تحريمهما للآية المحرمة فإنه يريد بها العقد والوطء جميعاً بدليل أن سائر المذكورات في الآية محرم وطئهن والعقد عليهن وآية الحل مخصوصة بالمحرمات جميعهن وهذه منهن .

ولأنها امرأة صارت فراشاً فحرمت أختها كالزوجة .

الفصل الثالث : إذا كان في ملكه أختان فله وطء إحداهما في قول أكثر أهل العلم . وقال الحكم وحماد : لا يقرب واحدة منهما ، ويروى ذلك عن النخعي ، وذكره أبو الخطاب منهباً لأحمد والأول المذهب ؛ لأنه ليس يجمع بينهما في الفراش فلم يحرم كما لو كان في ملكه إحداهما فقط .

الفصل الرابع : أنه إذا وطئ إحداهما فليس له وطء الأخرى قبل تحريم الموطوءة على نفسه بإخراج عن ملكه أو تزويج هذا قول علي وابن عمر وبه قال

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ١٦٤ كتاب النكاح ، باب ما جاء في تحريم الجمع بين الأختين...
وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (١٧٣٥) ١: ٣٩٧ باب الرجل له أمتان أختان يطأهما.

(٢) أخرجه البيهقي في الموضع السابق.
وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (١٧٣٤) ١: ٣٩٦ باب الرجل له أمتان أختان يطأهما.

الشافعي ، فإن رهنها لم تحل له أختها ؛ لأن منعه من وطئها لحق المرتهن لا لتحريمها ولهذا يحل له بإذن المرتهن في وطئها .

ولأنه يقدر على فكها متى شاء واسترجاعها إليه ، وإن حرم إحداهما على نفسه لم تبح الأخرى ؛ لأن هذا لا يحرمها إنما هو يمين يكفر ولو كان يحرمها إلا أنه بعارض متى شاء أزله بالكفارة فهو كالحيض والنفاس والإحرام والصيام ، فإن كاتب إحداهما فظاهر كلام الخرقي أنها لا تحل له الأخرى ؛ لأنه بسبيل من استباحتها بما لا يقف على غيرهما فلم تبح له أختها كالمرهونة .

الفصل الخامس : أنه إذا أخرجها من ملكه لم تحل له أختها حتى تستبرئ المخرجة ، ويعلم براءتها من الحمل فمتى كانت حاملاً منه لم تحل له أختها حتى تضع حملها ؛ لأنه يكون جامعاً ماءه في رحم أختين بمنزلة نكاح الأخت في عدة أختها .

الفصل السادس : أنه متى زال ملكه عن الموطوءة زوالاً أحل له أختها فوطئها ثم عادت الأولى إلى ملكه فليس له وطء إحداهما حتى تحرم الأخرى بإخراج عن ملكه أو بتزويج نص عليه أحمد ؛ لأن هذه صارت فراشاً وقد رجعت إليه التي كانت فراشاً فحرمت عليه[1] كل واحدة منهما بكون أختها فراشاً كما لو انفردت به .

وقال شيخنا : إذا أخرج الموطوءة أولاً عن ملكه أو زوجها ثم عادت إليه بعد أن وطئ أختها أقام على وطئها دون الراجعة ؛ لأن الراجعة زال فراشها ومجرد الملك ليس بفراش ولو أخرج الموطوءة أولاً عن ملكه ثم عادت إليه قبل وطء أختها فهي حلال له وأختها محرمة عليه ؛ لأن أختها فراشه . وهذا ظاهر كلام الخرقي .

---

(١) زيادة من المغني ٧: ٤٩٦.

وقال شيخنا : له وطء أيتهما شاء . وهو الأصح عندي ؛ لأن الراجعة زال فراشه عنها بزوال ملكه ولم تعد بعد والباقية في ملكه لم تصر فراشاً فلهذا وطئ أيتهما شاء .

مسألة : (**وعمة الأمة وخالتها في ذلك كأختها**) .

يعني : في تحريم الجمع بينهما في الوطء والتفصيل فيهما كالتفصيل في الأختين على ما ذكر .

مسألة : (**ولا بأس أن يجمع بين من كانت زوجة رجل وابنته من غيرها**) .

أكثر أهل العلم يرون الجمع بين المرأة وربيبتها جائزاً لا بأس به فعله عبدا لله بن جعفر وعبدا لله بن صفوان بن أمية وبه قال سائر الفقهاء إلا الحسن وعكرمة وابن أبي ليلى رويت عنهم كراهيته ؛ لأن إحداهما لو كانت ذكراً حرمت عليه الأخرى فأشبه المرأة وعمتها ولنا قول ا لله تعالى : ﴿وأُحل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء: ٢٤] .

ولأنهما لا قرابة بينهما فأشبهتا الأجنبيتين .

ولأن الجمع حرم خوفاً من قطيعة الرحم القريبة بين المتناسبين ولا قرابة بين هاتين وبهذا يفارق ما ذكروه .

مسألة : (**وحرائر نساء أهل الكتاب وذبائحهم حلائل للمسلمين**) .

ليس بين أهل الفتيا خلاف في حل حرائر نساء أهل الكتاب ، وممن رُوي عنه ذلك عمر وعثمان وطلحة وحذيفة وسلمان وجابر ، قال ابن المنذر : ولا يصح عن أحد من الأوائل أنه حرم ذلك ، وحرمته الإمامية تمسكاً بقوله تعالى : ﴿ولا تنكحوا المشركات﴾ [البقرة: ٢٢١] وقوله : ﴿ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾ [الممتحنة: ١٠] والحجة لما صار إليه عامة العلماء قول ا لله تعالى : ﴿اليوم أحل الطيبات -إلى قوله- : والمحصناتُ من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتموهن أجورهن﴾ [المائدة: ٥] وإجماع الصحابة .

وأما قوله : ﴿ولا تنكحوا المشركات﴾ [البقرة: ٢٢١] فروي عن ابن عباس أنها نسخت بالآية التي في سورة المائدة وكذلك ينبغي أن يكون ذلك في الآية

الأخرى ؛ لأنهما متقدمتان والآية التي في المائدة متأخرة عنهما . وقال آخرون : ليس هذا نسخاً فإن لفظة المشركين بإطلاقها لا يتناول أهل الكتاب بدليل قوله : ﴿لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين﴾ [البينة :١] ، وقال : ﴿لتجدنّ أشد الناس عداوةً للذين ءامنوا اليهود والذين أشركوا﴾ [المائدة :٨٢] ، وقال : ﴿ما يَود الذين كفروا من أهل الكتاب ولا المشركين﴾ [البقرة :١٠٥] ، وسائر آي القرآن يفصل بينهما فدل على أن لفظة المشركين بإطلاقها غير متناولة لأهل الكتاب وهذا معنى قول سعيد بن جبير وقتادة .

ولأن ما احتجوا به عام في كل كافرة وآيتنا خاصة في حل أهل الكتاب والخاص يجب تقديمه .

إذا ثبت هذا فالأولى أن لا يتزوج كتابية ؛ «لأن عمر قال للذين تزوجوا من نساء أهل الكتاب : طلقوهن . فطلقوهن إلا حذيفة فقال له عمر : طلقها فقال : تشهد أنها حرام ؟ فقال : هي خمرة طلقها قال : تشهد أنها حرام ؟ قال : هي خمرة قال : قد علمت أنها خمرة ولكنها لي حلال . فلما كان بعد طلقها ، فقيل له : ألا طلقتها حين أمرك عمر ؟ فقال : كرهتُ أن يَرى الناس أني ركبت أمراً لا ينبغي لي» .

ولأنه ربما مال إليها قلبه ففتنته وربما كان بينهما ولد فيميل إليها .

مسألة : (**وإذا كان أحد أبوي الكافرة كتابياً والآخر وثنياً لم ينكحها مسلم**) .

أما إذا كان أحد أبوي الكتابية غير كتابي لم يحل نكاحها سواء كان وثنياً أو مجوسياً أو مرتداً ، وبهذا قال الشافعي فيما إذا كان الأب غير كتابي ؛ لأن الولد ينتسب إلى أبيه ويشرف بشرفه وينتسب إلى قبيلته ، وإن كانت الأم غير كتابية فله فيه قولان . حجة أصحابنا أنها غير متمحضة من أهل الكتاب فلم يجز للمسلم نكاحها كما لو كان أبوها وثنياً .

ولأنها متولدة بين من يحل وبين من لا تحل فلم تحل كالسمع والبغل .

قال صاحب المغني فيه : ويحتمل أن تحل بكل حال ؛ لدخولها في عموم الآية المبيحة .

ولأنها كتابية تقر على دينها فأشبهت من أبواها كتابيان .

مسألة : (**وإذا تزوج كتابية فانتقلت إلى دين آخر من الكفر غير دين أهل الكتاب أُجبرت على الإسلام فإن لم تُسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحُها**) .

هذه المسألة تشتمل على أربعة أحكام :

الأول : أن الكتابي إذا انتقل إلى غير دين أهل الكتاب لم يقر عليه ، لا نعلم في هذا خلافاً وأما إن انتقل إلى دين آخر من دين أهل الكتاب كاليهودي يتنصر أو النصراني يتهود ففيه روايتان :

إحداهما : لا يقر ؛ لأنه انتقل إلى دين باطل قد أقر ببطلانه فلم يقر عليه كالمرتد .

والثانية : يقر عليه نص عليه أحمد وهو ظاهر كلام الخرقي واختيار الخلال وصاحبه وقول أبي حنيفة ؛ لأنه لم يخرج عن دين أهل الكتاب فأشبه غير المنتقل .

وللشافعي قولان كالروايتين .

الحكم الثاني : أن المنتقل إلى غير دين أهل الكتاب لا يقبل منه إلا الإسلام نص عليه أحمد واختاره الخلال وصاحبه ، وهو أحد أقوال الشافعي ؛ لأن غير الإسلام أديان باطلة قد أقر ببطلانها فلم يقر عليها كالمرتد .

وعن أحمد أنه لا يقبل منه إلا الإسلام أو الدين الذي كان عليه ؛ لأن دينه الأول قد أقررناه عليه مرة و لم ينتقل إلى خير منه فنقره عليه إن رجع إليه .

ولأنه منتقل من دين يقر أهله عليه إلى دين لا يقر أهله عليه فيقبل منه الرجوع إليه كالمرتد إذا رجع إلى الإسلام .

وعن أحمد أنه يقبل منه ثلاثة أشياء : الإسلام ، أو الرجوع إلى دينه الأول ، أو دين يقر أهله عليه ؛ لعموم قوله تعالى : ﴿حتى يعطوا الجزية عن يد وهو صاغرون﴾ [التوبة :٢٩] .

الحكم الثالث : في صفة إجباره على ترك ما انتقل إليه وفيه روايتان :

إحداهما : أنه يقتل إن لم يرجع رجلاً كان أو امرأة ؛ لعموم قوله عليه السلام : «من بدل دينه فاقتلوه»[1] .

ولأنه ذمي نقض العهد ، فأشبه ما لو نقضه بترك التزام الذمة ، وهل يستتاب ؟ يحتمل وجهين أحدهما : يستتاب ؛ لأنه يسترجع عن دين باطل انتقل إليه فيستتاب كالمرتد .

والثاني : لا يستتاب ؛ لأنه كافر أصلي أبيح قتله فأشبه الحربي .

فعلى هذا إن بادر وأسلم أو رجع إلى ما يقر عليه عصم دمه وإلا قتل .

والرواية الثانية عن أحمد قال : إذا دخل اليهودي في النصرانية رددته إلى اليهودية ولم أدعه فيما انتقل إليه . فقيل له : أتقتله؟ قال : لا ولكن يضرب ويحبس . قال : وإن كان نصرانياً أو يهودياً فدخل في المجوسية كان أغلظ ؛ لأنه لا تؤكل ذبيحته ولا تنكح له امرأة ولا يترك حتى يرد إليها فقيل له : أتقتله إذا لم يرجع ؟ قال : إنه لأهل ذلك وهذا نص في أن الكتابي المنتقل إلى دين آخر من دين أهل الكتاب لا يقتل بل يكره بالضرب والحبس .

الحكم الرابع : أن امرأة المسلم الذمية إذا انتقلت إلى غير دين أهل الكتاب فهي كالمرتدة ؛ لأن غير أهل الكتاب لا يحل نكاح نسائهم ، فمتى كان قبل الدخول انفسخ نكاحها في الحال ولا مهر لها ؛ لأن الفسخ من قبلها ، وإن كان بعده وقف على انقضاء العدة في إحدى الروايتين والأخرى ينفسخ في الحال أيضاً .

مسألة : **(وأمته الكتابية حلال له دون أمته المجوسية)** .

أما أمته الكتابية فحلال له في قول عامة أهل العلم إلا الحسن فإنه كرهه ؛ لأن الأمة الكتابية يحرم نكاحها فحرم التسري بها كالمجوسية وحجتنا قول الله تعالى : ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين﴾ [المؤمنون :٦] .

ولأنها ممن يحل نكاح حرائرهم ، فحل له التسري بها ؛ كالمسلمة .

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٥٢٤) ٦: ٢٥٣٧ كتاب استتابة المرتدين، باب حكم المرتد والمرتدة واستتابتهم.

وأما نكاحها فيحرم ؛ لأن فيه إرقاق ولده وإبقاؤه مع كافرة بخلاف التسري . فأما من حرم نكاح حرائرهم من المجوسيات وسائر الكوافر سوى أهل الكتاب فلا يباح وطء الإماء منهن بملك اليمين في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة ومالك والشافعي . قال ابن عبد البر : على هذا جماعة فقهاء الأمصار وجمهور العلماء وما خالفه فشذوذ لا يعد خلافاً ولم يبلغنا إباحة ذلك إلا عن طاووس ، ووجه عموم قوله تعالى : ﴿والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء :٢٤] والآية الأخرى .

وروى أبو سعيد «أن رسول الله ﷺ بعث بعثاً قِبَل أوطاس فأصابوا لهم سبايا فكأنّ ناساً من أصحاب رسول الله ﷺ تحرجوا من غشيانهن من أجل أزواجهن من المشركين فأنزل الله عز وجل : ﴿والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء :٢٤] قال : فهن لهم حلال إذا انقضت عدتهن»[(١)] رواه أبو داود .

وهم عبدة أوثان وهذا ظاهر في إباحتهن .

ولأن الصحابة في عصر النبي ﷺ كان أكثر سباياهم من كفار العرب ، وهم عبدة أوثان فلم يكونوا يرون تحريمهن لذلك ، ولا نقل عن النبي ﷺ تحريمهن ولا أمر الصحابة باجتنابهن . وقد دفع أبو بكر إلى سلمة بن الأكوع امرأة من بعض السبايا نفلها إياه ، وأخذ عمر وابنه من سبي هوازن ، وكذلك غيرهما من الصحابة ، والحنفية أم محمد بن الحنفية من سبي بني حنيفة ، وأخذ الصحابة من سبايا فارس وهم مجوس ، فلم يبلغنا أنهم اجتنبوهن ، وهذا ظاهر في إباحتهن لولا اتفاق أهل العلم على خلافه ، وقد أجبت عن حديث أبي سعيد بأجوبة منها : أنه يحتمل أنهن أسلمن كذلك . روي عن أحمد حين سأله محمد بن الحكم قال : قلت لأبي عبدالله فهوزان أليس كانوا عبدة أوثان ؟ قال : لا أدري كانوا أسلموا أو لا .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٥٥) ٢: ٢٤٧ كتاب النكاح ، باب في وطء السبايا.

وقال ابن عبدالبر : إباحة وطئهن منسوخ بقوله تعالى : ﴿ولا تَنكحوا المشركات حتى يؤمن﴾ [البقرة : ٢٢١] .

مسألة : (**وليس للمسلم وإن كان عبداً أن يتروج أمة[١] كتابية**) .

لأن الله قال : ﴿من فتياتكم المؤمنات﴾ [النساء : ٢٥] هذا ظاهر كلام أحمد رواه عنه جماعة وإليه ذهب أكثر العلماء منهم مالك والشافعي وروي أيضاً عن عمر وابن مسعود . وعن أحمد : يجوز للمسلم نكاحها وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنها تحل بملك اليمين فحلت بالنكاح كالمسلمة إلا أن الخلال أنكر هذه الرواية وقال : إنما توقف أحمد فيها و لم ينفذ له قول ومذهبه أنها لا تحل لقوله تعالى : ﴿من فتياتكم المؤمنات﴾ [النساء : ٢٥] فشرط في إباحة نكاحهن الأيمان و لم يوجد . ويفارق المسلمة ؛ لأنه لا يؤدي إلى استرقاق الكافر ولدها .

ولأن الكافر لا يقر ملكه على مسلمة[٢] والكافرة تكون ملكاً لكافر ويقر ملكه عليها وولدها مملوك لسيدها .

ولأنه قد اعتورها نقصانان نقص الكفر والملك فإذا اجتمعا منعا كالمجوسية لما اجتمع فيها نقص الكفر وعدم الكتاب لم يبح نكاحها ، ولا فرق بين الحر والعبد في تحريم نكاحها ؛ لعموم ما ذكرنا من الدليل .

ولأن ما حرم على الحر تزويجه لأجل دينه حرم على العبد كالمجوسية .

مسألة : (**ولا لحر مسلم أن يتروج أمة مسلمة إلا أن يكون لا يجد طولاً لحرة مسلمة[٣] ويخاف العنت**) .

النظر في هذه المسألة في أمرين :

أحدهما : أنه يحل له نكاح الأمة المسلمة إذا وجد في الشرطان عدم الطول وخوف العنت وهذا قول عامة العلماء ؛ لقول الله عز وجل : ﴿ومن لم يستطع

(١) زيادة من المغني ٧: ٥٠٨.

(٢) في الأصل: مسلم. وما أثبتناه من المغني ٧: ٥٠٩.

(٣) زيادة من المغني ٥: ٥٠٩.

منكم طَوْلاً . . . الآية﴾ [النساء :٢٥] والصبر عنها مع ذلك خير وأفضل ﴿وأن تصبروا خير لكم﴾ [النساء :٢٥] .

الثاني : أنه إذا عدم الشرطان أو أحدهما لم يحل للحر نكاحها روي هذا عن جابر وابن عباس وبه قال مالك والشافعي ؛ لقول الله تعالى : ﴿ومن لم يستطع منكم طَوْلاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتياتِكم المؤمنات -إلى قوله- : ذلك لمن خشي العنت منكم﴾ [النساء :٢٥] فشرط في نكاحها عدم استطاعة الطول فلم يجز مع الاستطاعة كالصوم في كفارة الظهار مع استطاعة الإعتاق .

ولأن في تزويج الأمة إرقاق ولده مع الغنى عنه . فلم يجز ؛ كما لو كان تحته حرة .

مسألة : (**ومن عقد عليها وفيه الشرطان عدم الطول ، وخوف العنت ثم أيسر لم ينفسخ نكاحها**) .

هذا ظاهر المذهب وهو مذهب الشافعي ، وعنه أنه يفسد وهو قول المزني ؛ لأنه إنما أبيح للحاجة فإذا زالت الحاجة لم يجز له استدامته من كمن أبيح له أكل الميتة لضرورة فإذا وجد الحلال لم ستدمه .

ووجه الرواية الأولى : أن فقد الطول أحد شرطي إباحة نكاح الأمة فلم تعتبر استدامته كخوف العنت . ويفارق أكل الميتة ، فإن أكلها بعد القدرة ابتداء للأكل وهذا لا يبتدئ النكاح إنما يستديمه والاستدامة للنكاح تخالف ابتداءه بدليل أن العدة والردة وأمن العنت يمنعن ابتداءه دون استدامته .

مسألة : (**وله أن ينكح من الإماء أربعاً إذا كان الشرطان فيه قائمين**) .

اختلفت الرواية عن أحمد في إباحة أكثر من أمة إذا لم تعفه فعنه الجواز وهو قول الزهري ومذهب أبي حنيفة ومالك . وعن أحمد أنه قال : لا يعجبني أن يتزوج إلا أمة واحدة ذهب إلى حديث ابن عباس وهو ما روي عن ابن عباس أن الحر لا يتزوج من الإماء إلا واحدة وقرأ : ﴿ذلك لمن خشي العنت منكم﴾ [النساء :٢٥] وهذا مذهب الشافعي ؛ لأن من له زوجة يمكنه وطئها لا يخشى العنت

ووجه الأولى قوله تعالى: ﴿ومن لم يستطع منكم طَوْلاً . . . الآية﴾ [النساء: ٢٥] وهذا داخل في عمومها .

ولأنه عادم للطول خائف للعنت فجاز له نكاح أمة كالأولى . وقولهم : لا يخشى العنت قلنا الكلام فيمن يخشاه ولا نبيحه إلا له وقول ابن عباس يحمل على من لم يخش العنت وكذلك الرواية الأخرى عن أحمد .

مسألة : **(ومن خطب امرأة فلم تسكن إليه فلغيره خطبتها)** .

الخِطبة بالكسر خِطبة الرجل المرأة لينكحها ، والخُطبة بالضم هي حمد الله والتشهد ولا يخلو حال المخطوبة من ثلاثة أقسام :

الأول : أن تسكن إلى الخاطب لها فتجيبه أو تأذن لوليها في إجابته أو تزويجه فهذه يحرم على غير خاطبها خطبتها ؛ لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال : «لا يخطب أحدكم على خطبةِ أخيه»(١) .

وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : «لا يخطب أحدكم على خِطبةِ أخيه حتى يَنكِحَ أو يَترُك»(٢) . رواهما البخاري .

ولأن في ذلك إفساداً على الخاطب الأول ، وإيقاع العداوة بين الناس ، ولذلك نهى النبي ﷺ عن بيعِ الرجل على بيعِ أخيه .

لا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم .

القسم الثاني : أن ترده أو لا تركن إليه فهذه يجوز خِطبتها ؛ لما روت فاطمة بنت قيس «أنها أتت النبي ﷺ فذكرت : أن معاوية وأبا جهم خطباها . فقال رسول الله ﷺ : أما معاوية فصُعلوكٌ لا مالَ له ، وأما أبو جهم فلا يَضَعُ عصاهُ على عاتِقِه ، أنكحي أسامة بن زيد»(٣) رواه الجماعة إلا البخاري .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٤٨) ٥: ١٩٧٥ كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤١٢) ٢: ١٠٣٢ كتاب النكاح، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٤٩) ٥: ١٩٧٦ الموضع السابق .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤١٣) ٢: ١٠٣٣ الموضع السابق .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٨٠) ٢: ١١١٤ كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها .

فخطبها النبي عليه السلام بعد إخبارها إياه بخطبته معاوية وأبي جهم لها .

ولأن تحريم خطبتها على هذا الوجه إضرارٌ بها ؛ فإنه لا يشاء أحد أن يمنع المرأة النكاح إلا منعها بخطبته إياها . وكذلك لو عرّض لها في عدتها بالخطبة فقال : لا تفوتيني نفسك وأشباه هذا لم تحرم خطبتها ؛ لأن في قصة فاطمة أن النبي ﷺ قال لها : «لا تَفُوتِينَا نفسِك»[1] ولم ينكر خطبة أبي جهم ومعاوية لها .

القسم الثالث : أن يوجد من المرأة ما يدل على الرضا والسكون تعريضاً لا تصريحاً كقولها : ما أنت إلا رضى وما عنك رغبة فهذه في حكم القسم الأول لا يحل لغيره خطبتها هذا ظاهر كلام الخرقي وظاهر كلام أحمد فإنه قال : إذا ركن بعضهم إلى بعض فلا يحل لأحد أن يخطب ، والركون يستدل عليه بالتعريض تارة وبالتصريح أخرى .

وقال القاضي : ظاهر كلام أحمد إباحة خطبتها وهو مذهب الشافعي في الجديد لحديث فاطمة حيث خطبها النبي ﷺ وزعموا أن الظاهر من كلامها ركونها إلى أحدهما واستدل القاضي بخطبته لها قبل سؤالها هل وجد منها ما دل على الرضى أو لا ؟ ووجه الأول عموم قوله عليه السلام : «لا يخطب أحدكم على خطبةِ أخيه»[2] .

ولأنه وجد منها ما دل على الرضى به وسكونها إليه فحرمت خطبتها كما لو صرحت بذلك . وأما حديث فاطمة فلا حجة لهم فيه فإن فيه ما يدل على أنها لم تركن إلى واحد منهما من وجهين :

⇨

وأخرجه أبو داود في سننه (٢٢٨٤) ٢: ٢٨٥ كتاب الطلاق، باب في نفقة المبتوتة.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٣٥) ٣: ٤٤١ كتاب النكاح، باب ما جاء أن لا يخطب الرجل على خطبة أخيه.

وأخرجه النسائي في سننه (٣٢٤٥) ٦: ٧٥ كتاب النكاح، باب إذا استشارت المرأة رجلاً فيمن يخطبها هل يخبرها بما يعلم.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٦٩) ١: ٦٠١ كتاب النكاح، باب لا يخطب الرجل على خطبة أخيه.

وأخرجه أحمد في مسنده (٢٦٧٧٥) طبعة إحياء التراث.

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٨٠) ٢: ١١١٦ كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها .

(٢) سبق تخريجه قريبا.

أحدهما : أن النبي عليه السلام قد كان قال لها : «لا تَسْبقيني بنفسك»[١] وفي لفظ : «لا تفوتينا بنفسك»[٢] وفي رواية : «إذا حلَلْتِ فآذِنيني»[٣] فلم تكن لتفتات بالإجابة قبل أن تؤذن رسول الله ﷺ .

والثاني : أنها ذكرت ذلك لرسول الله ﷺ كالمستشيرة له فيهما أو في العدول إلى غيرهما وليس في الاستشارة دليل على ترجيح أحد الأمرين ولا ميل إلى أحدهما على أنها إنما ذكرت ذلك لرسول الله ﷺ لترجع إلى قوله ورأيه وقد أشار عليها بتركهما لما ذكر من عيبهما فجرى ذلك مجرى ردها لهما وتصريحاً بمنعهما ، ومن وجه آخر وهو أن النبي ﷺ قد سبقهما بخطبتها تعريضاً بقوله لها ما ذكرنا فكانت خطبته بعدهما مبنية على الخطبة السابقة لهما بخلاف ما نحن فيه .

فصل

والتعويل في الرد والإجابة على الولي إن كانت مجبرة وعليها إن لم تكن مجبرة ؛ لأنها أحق بنفسها من وليها ، ولو أجاب هو ورغبت عن النكاح كان الأمر أمرها ، وإن أجاب وليها فرضيت فهو كإجابتها ، وإن سخطت فلا حكم لإجابته ؛ لأن الحق لها ، ولو أجاب الولي في حق المجبرة فكرهت المجاب واختارت غيره سقط حكم إجابة وليها ؛ لكون اختيارها مقدماً على اختياره ، وإن كرهت ولم تختر سواه فينبغي أن يسقط حكم الإجابة أيضاً ؛ لأنه قد أمر باستئمارها فلا ينبغي له أن يكرهها على من لم يرضه وإن أجابت ثم رجعت عن الإجابة وسخطته زال حكم الإجابة ؛ لأن لها الرجوع ، وكذلك إذا رجع الولي المجبر عن الإجابة زال حكمها ؛ لأن له الرجوع في أمر موليته ما لم يقع العقد وإن لم ترجع هي ولا وليها لكن ترك الخاطب الخطبة أو أذن فيها جازت خطبتها لما روي في

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٨٠) ٢: ١١١٥ كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها .

(٢) سبق تخريجه قريبا.

(٣) سيأتي تخريجه ص: ٤٤٥.

حديث ابن عمر عن النبي ﷺ «أنه نهى أن يخطب الرجلُ على خطبة أخيه إلا أن يأذن أو يترك»[1] رواه أحمد والبخاري.

مسألة: **ولو عرَّض للمرأة وهي في العدة بأن يقول: إني في مِثلكِ لراغب، وإن قُضي شيء كان وما أشبهه من الكلام مما يدلها على رغبته فيها فلا بأس إذا لم يصرح).**

ومعناه: أن المعتدات على ثلاثة أقسام: معتدة من وفاة أو طلاق ثلاث أو فسخ لتحريمها على زوجها كالفسخ برضاع أو لعان ونحوه مما لا تحل بعده لزوجها فهذه يجوز التعريض بخطبتها في عدتها؛ لقول الله تعالى: ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء﴾ [البقرة:٢٣٥] ولحديث فاطمة بنت قيس: «أن النبي ﷺ قال لها لما طلّقها زوجها ثلاثاً: إذا حَلَلْتِ فآذِنيني»[2] وفي لفظ: «لا تَسْبِقيني بنفسك»[3]. وفي لفظ: «لا تَفُوتِينَا بنفْسِك»[4]. وهذا تعريض بخطبتها في عدتها ولا يجوز التصريح؛ لأن الله تعالى لما خص التعريض بالإباحة دل على تحريم التصريح.

ولأن التصريح لا يحتمل غير النكاح فلا يؤمن أن يحملها الحرص عليه على الإخبار بانقضاء عدتها قبل انقضائها والتعريض بخلافه.

القسم الثاني: الرجعية فلا يحل لأحد التعريض بخطبتها ولا التصريح؛ لأنها في حكم الزوجات فهي كالتي في صلب نكاحه.

القسم الثالث: بائن يحل لزوجها نكاحها كالمختلعة والبائن بفسخ لغيب أو إعسار ونحوه فلزوجها التصريح بخطبتها والتعريض؛ لأنها مباحة له نكاحها في

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٤٨) ٥: ١٩٧٥ كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع.
وأخرجه أحمد في مسنده (٦٣٨١) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٨٠) ٢: ١١١٤ كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها.

(٣) سبق تخريجه ص: ٤٤٤.

(٤) سبق تخريجه ص: ٤٤٣.

عدتها فهي كغير المعتدة ، وهل يجوز لغيره التعريض بخطبتها فيه وجهان وللشافعي فيه قولان :

أحدهما : يجوز ؛ لعموم الآية .

ولأنها بائن فأشبهت المطلقة ثلاثاً .

والثاني : لا يجوز ؛ لأن الزوج يملك أن يستبيحها فهي كالرجعية والمرأة في الجواب كالرجل في الخطبة فيما يحل ويحرم ؛ لأن الخطبة للعقد فلا يختلفان في حله وحرمته .

إذا ثبت هذا فالتعريض أن يقول : إني في مثلك لراغب وربَّ راغبٍ فيك .

وقال القاسم بن محمد : التعريض أن يقول : إنك علي لكريمة ، وإني فيك لراغب ، وإن الله لسائق إليك خيراً أو رزقاً .

وقال الزهري : أنت جميلة ، وأنت مرغوب فيك ، وإن قال : لا تسبقينا بنفسك ، أو لا تفوتينا بنفسك ، أو إذا حللت فآذنيني ونحو ذلك جاز .

قال مجاهد : مات رجل وكانت امرأته تتبع الجنازة فقال لها رجل : لا تسبقينا بنفسك فقالت : سبقك غيرك ، وتجيبه المرأة إن قضى شيء كان ، وما يرغب عنك وما أشبهه . والتصريح : هو اللفظ الذي لا يحتمل غير النكاح نحو أن يقول : زوجيني نفسك ، وإذا انقضت عدتك تزوجتك ، ويحتمل أن هذا معنى قوله تعالى : ﴿لا تواعدوهن سراً﴾ [البقرة :٢٣٥] فإن النكاح يسمى سراً . والله أعلم .

باب نكاح أهل الشرك وغير ذلك

أنكحة الكفار صحيحة يُقرون عليها إذا أسلموا أو تحاكموا إلينا إذا كانت المرأة ممن يجوز ابتداء نكاحها في الحال، ولا ينظر إلى صفة عقدهم وكيفيته، ولا يعتبر له شروط أنكحة المسلمين من الولي والشهود وصيغة الإيجاب والقبول وأشباه ذلك بغير خلاف بين المسلمين.

قال ابن عبدالبر: أجمع العلماء على أن الزوجين إذا أسلما معاً في حال واحدة أن لهما المقام على نكاحهما ما لم يكن بينهما نسب ولا رضاع وقد أسلم خلق في عهد رسول الله ﷺ وأسلم نساؤهم وأقروا على أنكحتهم، ولم يسألهم رسول الله ﷺ عن شروط النكاح ولا كيفيته، وهذا أمر علم بالتواتر والضرورة فكان يقيناً.

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: **(وإذا أسلم الوثني وقد تزوَّج بأربع وثنيات ولما يدخل بهن بِنَّ منه، وكان لكل واحدة منهن نصف ما سمى لها إن كان حلالاً، أو نصف صداق مثلها إن كان ما سمى لها حراماً، ولو أسلمن النساء قبله وقبل الدخول بِنَّ منه أيضاً، ولا شيء عليه لواحدة منهن. فإن كان إسلامه وإسلامهن قبل الدخول معاً فهن زوجات، فإن كان دخل بهن ثم أسلم فمن لم تسلم منهن قبل انقضاء عدتها حرمت عليه منذ اختلف الدينان)**.

هذه المسألة تشتمل على أحكام:

الأول: أنه إذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين أو كتابي متزوج لوثنية، أو مجوسية قبل الدخول تعجلت الفرقة بينهما من حين إسلامه، ويكون ذلك فسخاً لا طلاقاً، وبهذا قال الشافعي؛ لأنه اختلاف دين يمنع الإقرار على النكاح. فإذا وجد قبل الدخول تعجلت الفرقة؛ كالردة.

الحكم الثاني : أن الفرقة إذا حصلت قبل الدخول بإسلام الزوج فللمرأة نصف المسمى إن كانت التسمية حلالاً أو نصف مهر مثلها إن كانت فاسدة مثل أن يصدقها خمراً أو خنزيراً ؛ لأن الفرقة حصلت بفعله ، وإن كانت بإسلام المرأة فلا شيء لها ؛ لأن الفرقة من جهتها ، وبهذا قال الحسن ومالك والشافعي .

وعن أحمد : أن لها نصف المهر إذا كانت هي المسلمة واختارها أبو بكر ، وبه قال قتادة ويقتضيه قول أبي حنيفة ؛ لأن الفرقة حصلت من قبله بإبائه الإسلام وامتناعه منه وهي فعلت ما فرض الله عليها فكان لها نصف ما فرض الله لها كما لو علق طلاقها على الصلاة فصلت .

ووجه الأولى : أن الفرقة حصلت باختلاف الدين واختلاف الدين حصل بإسلامها فكانت الفرقة حاصلة بفعلها فلم يجب لها شيء كما لو ارتدت ويفارق تعليق الطلاق فإنه من جهة الزوج ولهذا لو علقه على دخول الدار فدخلت وقعت الفرقة ولها نصف المهر .

الحكم الثالث : أن الزوجين إذا أسلما معاً فهما على النكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده وليس بين أهل العلم في هذا خلاف ؛ لأنه لم يوجد منه اختلاف دين ويعتبر تلفظهما بالإسلام دفعة واحدة لئلا يسبق أحدهما صاحبه فينفسد النكاح .

قال صاحب المغني فيه : ويحتمل أن يقف على المجلس كالقبض ونحوه فإن حكم المجلس كله حكم حالة العقد .

ولأنه يبعد اتفاقهما على النطق بكلمة الإسلام دفعة واحدة ، فلو اعتبر ذلك لوقعت الفرقة بين كل مسلمين قبل الدخول إلا في الشاذ النادر فيبطل الإجماع .

الحكم الرابع : أنه إذا كان إسلام أحدهما بعد الدخول ففيه روايتان :

إحداهما : يقف على انقضاء العدة فإن أسلم الآخر قبل انقضائها فهما على النكاح ، وإن لم يسلم حتى انقضت العدة وقعت الفرقة منذ اختلف الدينان فلا يحتاج إلى استئناف العدة . وبهذا قال الحسن والزهري والشافعي ومحمد بن الحسن .

والرواية الأخرى: تتعجل الفرقة وهو اختيار الخلال وصاحبه؛ لقوله تعالى: ﴿ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾ [الممتحنة: ١٠].

ولأن ما يوجب فسخ النكاح لا يختلف بما قبل الدخول وبعده كالرضاع.

ووجه الرواية الأخرى وهي أصح؛ ما روى مالك في الموطأ عن الزهري قال: «كان بين إسلامِ صفوان بن أمية وامرأته بنت الوليد بن المغيرة نحو من شهر. أسلمتْ يوم الفتح وبقيَ صفوان حتى شهد حنيناً والطائف وهو كافر. ثم أسلم فلم يفرّق النبي عليه السلام بينهما واستقرّت امرأته عنده بذلك النكاح»[(١)].

قال ابن عبدالبر: وشُهرة هذا الحديث أقوى من إسناده.

وقال الزهري: «أسلمتْ أم حكيم يوم الفتح وهربَ زوجُها عكرمةُ حتى أتى اليمن. فارتحلتْ حتى قَدِمَتْ عليه اليمن فدعتهُ إلى الإسلام. فأسلمَ وقدمَ فبايعَ النبي عليه السلام. فثَبَتَا على نِكاحِهما»[(٢)].

وقال ابن شبرمة: «كان الناسُ على عهدِ رسولِ الله ﷺ يُسلمُ الرجلُ قبلَ المرأةِ والمرأةُ قبل الرجل فأيُّهما أسلمَ قبلَ انقضاءِ عدّةِ المرأةِ فهيَ امرأتهُ. وإن أسلمَ بعدَ العدةِ فلا نكاحَ بينهما»[(٣)].

و «لأن أبا سفيان خرج فأسلمَ عام الفتح قبل دخول النبي ﷺ مكة و لم تسلم هند امرأته حتى فتح النبي عليه السلام مكة فثبتا على النكاح»[(٤)].

و لم نعلم أن النبي ﷺ فرّق بين أحد ممن أسلم وبين امرأته. ويبعد أن يتفق إسلامهما دفعة واحدة.

---

(١) أخرجه مالك في موطئه (٤٤-٤٥) ٢: ٤٢٨-٤٢٩ كتاب النكاح، باب نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ١٨٦-١٨٧ كتاب النكاح، باب من قال: لا ينفسخ النكاح بينهما بإسلام أحدهما...

(٢) أخرجه مالك في موطئه (٤٦) ٢: ٤٢٩ للموضع السابق.
وأخرجه البيهقي في الموضع السابق.

(٣) أخرج البيهقي نحوه في السنن الكبرى عن ابن عباس ٧: ١٨٧ كتاب النكاح، باب من قال: لا ينفسخ النكاح بينهما بإسلام أحدهما...

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ١٨٦ كتاب النكاح، باب من قال: لا ينفسخ النكاح بينهما بإسلام أحدهما...

ويفارق ما قبل الدخول فإنه لا عدة لها . فتتعجل البينونة ؛ كالمطلقة واحدة ، وهاهنا لها عدة . فإن انقضت تبينا وقوع الفرقة من حين أسلم الأول فلا يحتاج إلى عدة ثانية ؛ لأن اختلاف الدين سبب الفرقة فتحتسب الفرقة منه كالطلاق .

الحكم الخامس : أنه إذا أسلم أحد الزوجين وتخلف الآخر حتى انقضت عدة المرأة انفسخ النكاح في قول عامة أهل العلم .

قال ابن عبدالبر : لم يختلف العلماء في هذا إلا شيء روي عن النخعي شذ فيه عن جماعة العلماء فلم يتبعه عليه أد زعم أنها ترد إلى زوجها وإن طالت المدة ؛ لما روى ابن عباس «أن رسول الله ﷺ رد زينب على زوجها أبي العاص بنكاحها الأول»[1] رواه أبو داود .

واحتج به أحمد قيل له : أليس يروى أنه ردها بنكاح مستأنف قال : ليس لذلك أصل . وقيل : كان بين إسلامها وردها ثماني سنين والصحيح ما عليه عامة العلماء ؛ لقول الله عز وجل : ﴿لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن﴾ [الممتحنة : ١٠] وقوله : ﴿ولا تُمسكوا بعِصَم الكوافر﴾ [الممتحنة : ١٠] والإجماع المنعقد على تحريم تزوج المسلمات على الكفار . وأما قصة أبي العاص مع امرأته فقال ابن عبدالبر : لا يخلو من أن تكون قبل نزول تحريم المسلمات على الكفار فتكون منسوخة بما جاء بعدها أو تكون حاملاً استمر حملها حتى أسلم زوجها أو مريضة لم تحض ثلاث حيضات حتى أسلم أو تكون ردت إليه بنكاح جديد فقد روى ابن أبي شيبة في سننه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن النبي ﷺ ردها على أبي العاص بنكاح جديد»[2] رواه الترمذي .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٤٠) ٢: ٢٧٢ كتاب الطلاق ، باب إلى متى ترد عليه امرأته إذا أسلم بعدها.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٤٣) ٣: ٤٤٨ كتاب النكاح ، باب ما جاء في الزوجين المشركين يسلم أحدهما.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٠٩) ١: ٦٤٧ كتاب النكاح ، باب الزوجين يسلم أحدهما قبل الآخر.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١١٤٢) ٣: ٤٤٧ كتاب النكاح ، باب ما جاء في الزوجين المشركين يسلم أحدهما.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠١٠) ١: ٦٤٧ كتاب النكاح ، باب الزوجين يسلم أحدهما قبل الآخر.

وقال : سمعت عبد بن حميد[1] يقول : سمعت يزيد بن هرون يقول : حديث ابن عباس أجود إسناداً والعمل على حديث عمرو بن شعيب .

فصل

وإذا وقعت الفرقة بإسلام أحدهما بعد الدخول فلها المهر كاملاً ؛ لأنه استقر بالدخول فلم يسقط بشيء ، فإن كان مسمى صحيحاً فهو لها ؛ لأن أنكحة الكفار صحيحة يثبت لها أحكام الصحة ، وإن كان محرماً وقد قبضته في حال الكفر فليس لها غيره ؛ لأننا لا نتعرض لما مضى من أحكامهم ، وإن لم تقبضه وهو حرام فلها مهر مثلها ؛ لأن الخمر والخنزير لا يجوز أن يكون صداقاً لمسلمة ولا في نكاح مسلم وقد صارت أحكامهم أحكام المسلمين ، وأما نفقة العدة فإن كانت هي المسلمة قبله فلها نفقة عدتها ؛ لأنه يتمكن من إبقاء نكاحها واستمتاعه منها بإسلامه معها فكانت لها النفقة كالرجعية وإن كان هو المسلم قبلها فلا نفقة لها عليه ؛ لأنه لا سبيل له إلى استبقاء نكاحها وتلافي حالها فأشبهت البائن وسواء أسلمت في عدتها أو لم تسلم .

فإن قيل : إذا لم تسلم تبينا أن نكاحها انفسخ باختلاف الدينين فكيف تجب النفقة للبائن ؟

قلنا : لأنه كان يمكن الزوج تلافي نكاحها إذا أسلمت قبله بل تجب عليه ذلك فكانت في معنى الرجعية .

فإن قيل : الرجعية جرت إلى البينونة بسبب منه ، وهذه السبب منها ، قلنا : إلا أنه كان فرضاً عليها مضيقاً ويمكنه تلافيه بخلاف ما إذا أسلمت قبل الدخول فإنه يسقط مهرها جميعه ؛ لأن ما أمكنه تلافيه .

مسألة : **(ولو نكح أكثر من أربع في عقد واحد أو في عقود متفرقة ثم أصابهن ثم أسلم ثم أسلمت كل واحدة منهن في عدتها أمسك أربعاً منهن**

---

(١) في الأصل: عبيد بن حميد. وما أثبتناه من الجامع.

وفارق ما سواهن، سواء كان من أمسك منهن أول من عقد عليهن أو آخرهن).

أما الكافر إذا أسلم ومعه أكثر من نسوة فأسلمن في عدتهن أو كن كتابيات لم يكن له إمساكهن كلهن بغير خلاف نعلمه ولا يملك إمساك أكثر من أربع فإذا أحب ذلك اختار أربعاً منهن وفارق سائرهن سواء تزوجن في عقد أو في عقود وسواء اختار الأوائل أو الأواخر. نص عليه أحمد وبه قال الحسن ومالك والشافعي ومحمد بن الحسن؛ لما روى الزهري عن سالم عن ابن عمر قال: «أسلم غيلان الثقفي وتحته عشر نسوة في الجاهلية فأسلمن معه فأمره النبي ﷺ أن يختار منهن أربعًا»[1] رواه أحمد وابن ماجة والترمذي.

وعن قيس بن الحارث قال: «أسلمت وتحتي ثمان نسوة فأتيت النبي ﷺ فقلت له ذلك، فقال: اختر منهن أربعًا»[2] رواه أحمد وأبو داود.

ولأن كل عدد جاز له ابتداء العقد عليه جاز له إمساكه بنكاح مطلق في حال الشرك كما لو تزوجهن بغير شهود.

إذا ثبت هذا فالواجب عليه أن يختار أربعاً فما دون ويفارق سائرهن أو يفارق الجميع؛ لأن النبي ﷺ أمر غيلان وقيساً بالاختيار وأمره ظاهر في الوجوب.

ولأن المسلم لا يجوز إقراره على نكاح أكثر من أربع فإن أبى أُجبر بالحبس والتعزير إلى أن يختار؛ لأن هذا حقٍ عليه يمكنه إيفاؤه وهو ممتنع منه فأجبر عليه كإيفاء الدين، وليس للحاكم أن يختار عنه كما يطلق على المولي إذا امتنع من الطلاق؛ لأن الحق هاهنا لغير معين وإنما يتعين للزوجات باختياره وشهوته وذلك لا يعرفه الحاكم فينوب عنه فيه بخلاف المولي فإن الحق لمعين يمكن الحاكم إيفاؤه والنيابة عن المستحق فيه وعليه نفقة الجميع إلى أن يختار؛ لأنهن محبوسات عليه.

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١١٢٨) ٣: ٤٣٥ كتاب النكاح، باب الرجل يسلم وعنده عشر نسوة.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٥٣) ١: ٦٢٨ كتاب النكاح، باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة.
وأخرجه أحمد في مسنده (٤٥٩٥) طبعة إحياء التراث.

(٢) سبق تخريجه ص: ٤١٤.

ولأنهن في حكم الزوجات أيهن اختار جاز .

فصل

وصفة الاختيار أن يقول : اخترت نكاح هؤلاء ، أو اخترت هؤلاء ، أو أمسكتهن ، أو اخترت حبسهن أو إمساكهن أو نكاحهن أو أمسكت نكاحهن . وإن قال لما زاد على الأربع فسخت نكاحهن كان اختياراً للأربع ، وإن طلق إحداهن كان اختياراً لها ؛ لأن الطلاق لا يكون إلا في زوجية ، وإن قال فارقت هؤلاء أو اخترت فراق هؤلاء فإن لم ينو به الطلاق كان اختياراً لغيرهن ؛ لقول النبي ﷺ لغيلان : «اختر منهن أربعاً وفارق سائرهن»[1] وهذا يقتضي أن يكون لفظ الفراق صريحاً فيه كما كان لفظ الطلاق صريحاً فيه .

مسألة : (**ولو أسلم وتحته أختان اختار منهما واحدة**) .

وبهذا قال الحسن والشافعي ؛ لما روى الضحاك بن فيروز عن أبيه قال : قلت : «يا رسول الله إني أسلمت وتحتي أختان فأمرني النبي ﷺ أن أطلق إحداهما»[2] . رواه الخمسة إلا النسائي .

وفي لفظ الترمذي : «اختر أيهما شئت» .

ولأن أنكحة الكفار صحيحة وإنما حرم الجمع في الإسلام وقد أزاله . فصح ؛ كما لو طلق إحداهما قبل إسلامه ثم أسلم والأخرى في حباله ، وهكذا الحكم في المرأة وعمتها أو خالتها ؛ لأن المعنى في الجميع واحد .

مسألة : (**وإن كانتا أماً وبنتاً فأسلم وأسلمتا معاً قبل الدخول فسد نكاح الأم وإن كان دخل بالأم فسد نكاحهما**) .

النظر في هذه المسألة في حكمين :

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤١٤.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٤٣) ٢: ٢٧٢ كتاب الطلاق، باب في من أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان .

وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٣٠) ٣: ٤٣٦ كتاب النكاح، باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده أختان .

وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٥١) ١: ٦٢٧ كتاب النكاح، باب الرجل يسلم وعنده أختان .

وأخرجه أحمد في مسنده (١٨٠٧٠) ٤: ٢٣٢.

أحدهما : إذا كان إسلامهم جميعاً قبل الدخول فإنه يفسد نكاح الأم ويثبت نكاح البنت وهذا أحد قولي الشافعي واختيار المزني ؛ لقول الله تعالى : ﴿وأمهات نسائكم﴾ [النساء :٢٣] وهذه أم زوجته فتدخل في عموم الآية .

ولأنها أم زوجته فتحرم عليه كما لو طلق ابنتها في حال شركه .

ولأنه لو تزوج البنت وحدها ثم طلقها حرمت عليه أمها إذا أسلم ، فإذا لم يطلقها وتمسك بنكاحها أولى . وإنما اختصت الأم بفساد نكاحها ؛ لأنها تحرم بمجرد العقد على ابنتها على التأبيد فلم يكن اختيارها ، والبنت لا تحرم قبل الدخول بأمها فتعين النكاح فيها .

الحكم الثاني : إذا دخل بهما حرمتا على التأبيد ، الأم ؛ لأنها أم زوجته ، والبنت ؛ لأنها ربيبته من زوجته التي دخل بها .

قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم وإن دخل بالأم وحدها فكذلك ؛ لأن البنت تكون ربيبته مدخولاً بأمها ، والأم حرمت بمجرد العقد على ابنتها وإن دخل بالبنت وحدها ثبت نكاحها وفسد نكاح أمها كما لو لم يدخل بها ، ولو لم تسلم معه إلا إحداهما كان الحكم كما لو أسلمتا معه معاً فإن كانت المسلمة هي الأم فهي محرمة عليه على كل حال ، فإن كانت البنت و لم يكن دخل بأمها ثبت نكاحها وإن كان دخل بالأم فهي محرمة على التأبيد .

مسألة : **(ولو أسلم عبد وتحته زوجتان فدخل بهما فأسلمتا في العدة فهما زوجتاه ولو كن أكثر اختار منهن اثنتين)** .

أما العبد فحكمه فيما زاد على اثنتين حكم الحر فيما زاد على أربع فإذا أسلم وتحته زوجتان فأسلمتا معه أو في عدتهما لزم نكاحهما حرتين كانتا أو أمتين أو حرة وأمة ؛ لأن له الجمع بينهما في ابتداء نكاحه وكذلك في اختياره وإن[1] كن أكثر اختار منهن اثنتين أيتهن شاء على ما مضى في الحر .

---

(١) في الأصل: إن. وما أثبتناه من المغني ٧: ٥٥٠.

ولو كان تحته حرتان وأمتان فله أن يختار الحرتين أو الأمتين أو حرة وأمة وليس للحرة إذا أسلمت معه الخيار في فراقه ؛ لأنها رضيت بنكاحه وهو عبد و لم يتجدد رقه بالإسلام ولا تجددت حريتها بذلك فلم يكن لها خيار كما لو تزوجت معيباً تعلم عيبه ثم أسلما . وذكر القاضي وجهاً أن لها الخيار ؛ لأن الرق عيب تجددت أحكامه بالإسلام فكأنه عيب حادث والأول أصح فإن الرق لم يزل عيباً ونقصاً عند العقلاء و لم يتجدد نقصه بالإسلام فهو كسائر العيوب .

مسألة : (**وإذا تزوجها وهما كتابيان فأسلم قبل الدخول أو بعده فهي زوجته وإن كانت هي المسلمة قبله وقبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها**) .

أما إذا أسلم زوج الكتابية قبل الدخول أو بعده أو أسلما معاً فالنكاح باق بحاله سواء كان زوجها كتابياً أو غير كتابي ؛ لأن للمسلم أن يبتدئ نكاح كتابية فاستدامته أولى . ولا خلاف في هذا بين القائلين بإجازة نكاح الكتابية ، وأما إن أسلمت الكتابية قبله وقبل الدخول تعجلت الفرقة سواء كان زوجها كتابياً أو غير كتابي ولا يجوز لكافر نكاح مسلمة . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، وإن كان إسلامها بعد الدخول فالحكم فيه كالحكم فيما لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين على ما تقدم وإذا كانت هي المسلمة قبل الدخول فلا مهر لها ؛ لأن الفسخ منها وقد مضى الكلام في هذا بما فيه كفاية .

مسألة : (**وما سمي لها وهما كافران فقبضته ثم أسلما[1] فليس لها غيره وإن كان حراماً ولو لم تقبضه وهو حرام فلها عليه مهر مثلها أو نصف مهر مثلها حيث أوجب ذلك**) .

أما الكفار إذا أسلموا أو تحاكموا إلينا بعد العقد والقبض لم نتعرض إلى ما فعلوه وما قبضت من المهر فقد نفذ وليس لها غيره حلالاً كان أو حراماً بدليل قوله تعالى : ﴿فمن جاءه موعظةٌ من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله﴾ [البقرة: ٢٧٥] .

(١) في الأصل: أسلم. وما أثبتناه من المغني ٧: ٥٥٩.

ولأن التعرض[1] للمقبوض بإبطاله يشق لتطاول الزمان وكثرة تصرفاتهم في الحرام ففيه تنفيرهم عن الإسلام. فعُفِي عنه؛ كما لو عفي عما تركوه من الفرائض والواجبات.

ولأنهما تقابضا بحكم الشرك فبرئت ذمة من هو عليه كما لو تبايعا بيعاً فاسداً وتقابضا وإن لم يتقابضا فإن كان المسمى حلالاً وجب ما سماه؛ لأنه مسمى صحيح في نكاح فوجب كتسمية المسلم وإن كان حراماً كالخمر والخنزير بطل ولم يحكم به؛ لأن من سمياه لا يجوز إيجابه في الحكم ولا يجوز أن يكون صداقاً لمسلمة ولا في نكاح مسلم ويجب مهر المثل إن كان بعد الدخول، ونصفه إن وقعت الفرقة قبل الدخول بإسلامه قبلها أو إسلامها وقلنا لا يسقط مهرها وهذا معنى قوله: حيث أوجب ذلك وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف.

وإن قبضت بعض الحرام دون بعض سقط من المهر بقدر ما قبض ووجب بحصة ما بقي من مهر المثل.

مسألة: **(ولو تزوجها وهما مسلمان فارتدت قبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها وإن كان هو المرتد قبلها وقبل الدخول فكذلك إلا أن عليه نصف المهر)**.

أما إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في قول عامة أهل العلم؛ لقول الله تعالى: ﴿ولا تُمْسكوا بعِصَم الكوافر﴾ [الممتحنة: ١٠] وقال تعالى: ﴿فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن﴾ [الممتحنة: ١٠].

ولأنه اختلاف دين يمنع الإصابة فأوجب فسخ النكاح كما لو أسلمت تحت كافر ثم ينظر فإن كانت المرأة هي المرتدة فلا مهر لها؛ لأن الفسخ من قبلها وإن كان الرجل هو المرتد فعليه نصف المهر؛ لأن الفسخ من جهته فأشبه ما لو طلق؛ وإن كانت التسمية فاسدة فعليه نصف مهر المثل.

(١) في الأصل: التعريض. وما أثبتناه من المغني ٧: ٥٥٩.

مسألة : **(ولو كانت ردتها بعد الدخول فلا نفقة لها ، وإن لم تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها ولو كان هو المرتد بعد الدخول فلم يعد إلا الإسلام حتى انقضت عدتها انفسخ النكاح منذ اختلف الدينان)** .

اختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول حسب اختلافهما فيما إذا أسلم أحد الزوجين الكافرين ففي إحداهما تتعجل الفرقة وهو قول أبي حنيفة ومالك ، ورري ذلك عن الحسن وعمر بن عبدالعزيز ؛ لأن ما أوجب فسخ النكاح استوى فيه ما قبل الدخول وبعده كالرضاع ، والرواية الأخرى تقف على انقضاء العدة فإن أسلم المرتد قبل انقضائها فهما على النكاح وإن لم يسلم حتى انقضت بانت منذ اختلف الدينان وهذا مذهب الشافعي ؛ لأنه لفظ تقع به الفرقة فإذا وجد بعد الدخول جاز أن تقف على انقضاء العدة كالطلاق الرجعي أو اختلاف دين بعد الإصابة فلا يوجب فسخه في الحال كإسلام الحربية تحت الحربي ، وقياسه على إسلام أحد الزوجين أقرب من قياسه على الرضاع ، فأما النفقة فإن قلنا تتعجل الفرقة فلا نفقة لها ؛ لأنها بائن منه وإن قلنا يقف على انقضاء العدة وكانت المرأة المرتدة فلا نفقة ؛ لأنه لا سبيل للزوج إلى رجعتها وتلافي نكاحها فلم تكن لها نفقة كما بعد العدة وإن كان هو المرتد فعليه النفقة للعدة ؛ لأنه بسبيل من الاستمتاع بها بأن تسلم ويمكنه تلافي نكاحها فكانت النفقة واجبة عليه كزوج الرجعية .

مسألة : **(وإذا زوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته فلا نكاح بينهما وإن سموا مع ذلك صداقاً)** .

هذا النكاح يُسمى الشغار وقيل إنما سُمي شِغاراً ؛ لقبحه تشبيهاً برفع الكلب رجله ليبول في القُبح . يقال : شغر الكلب إذا رفع رجله ليبول . وحكي عن الأصمعي أنه قال : الشغار الرفع ، فكأن كل واحد منهما رفع رجله للآخر عما يريد .

ولا تختلف الرواية عن أحمد في : أن نكاح الشغار فاسد .

قال أحمد : وروي عن عمر وزيد بن ثابت : أنهما فرّقا فيه ، وهو قول مالك والشافعي وإسحاق ؛ لما روى ابن عمر «أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار ، والشغار : أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق»[1] رواه الجماعة إلا أن الترمذي لم يذكر تفسير الشغار ، وأبو داود جعله من كلام نافع وهو كذلك في رواية متفق عليها .

وعن ابن عمر أن النبي ﷺ قال : «لا شغار في الإسلام»[2] رواه مسلم .

وعن أبي هريرة قال : «نهى رسول الله ﷺ عن الشغار . والشغار : أن يقول الرجل للرجل : زوجني ابنتك وأزوجك ابنتي ، أو زوجني أختك وأزوجك أختي»[3] رواه أحمد ومسلم .

ولأنه جعل كل واحد من العقدين سلفًا في الآخر . فلم يصح ؛ كما لو قال : بعني ثوبك على أن أبيعك ثوبي .

إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يقول : على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى ، أو لم يقل ذلك ؛ لحديث ابن عمر وأبي هريرة .

ولأنه إذا شرط في نكاح إحداهما تزويج الأخرى فقد جعل بضع كل واحدة صداق الأخرى ، ففسد كما لو لفظ به ، وأما إن سموا مع ذلك صداقاً فقال : زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة منهما مائة أو مهر ابنتي مائة ومهر ابنتك خمسون أو أقل أو أكثر فالمنصوص عن أحمد صحته وهو قول الشافعي ؛ لما تقدم من حديث ابن عمر .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٢٢) ٥: ١٩٦٦ كتاب النكاح، باب الشغار.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤١٥) ٢: ١٠٣٤ كتاب النكاح، باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٠٧٤) ٢: ٢٢٧ كتاب النكاح، باب في الشغار.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٢٤) ٣: ٤٣١ كتاب النكاح، باب ما جاء في النهي عن نكاح الشغار.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٣٣٨) ٦: ١١٢ كتاب النكاح، تفسير الشغار.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٨٤) ١: ٦٠٦ كتاب النكاح، باب النهي عن الشغار.
وأخرجه أحمد في مسنده (٥٢٨٩) ٢: ٦٢.
(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤١٥) ٢: ١٠٣٥ كتاب النكاح، باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه.
(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤١٦) ٢: ١٠٣٥ كتاب النكاح، باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه.
وأخرجه أحمد في مسنده (٩٣٧٥) طبعة إحياء التراث.

ولأنه قد سمي صداقاً فصح كما لو لم يشترط ذلك، وقال الخرقي: لا يصح؛ لعموم حديث أبي هريرة، وروى عبدالرحمن بن هرمز «أن العباس بن عبدالله بن عباس أنكح عبدالرحمن بن الحكم ابنته وأنكحه عبدالرحمن ابنته وكانا قد جعلا صداقاً فكتب معاوية بن أبي سفيان إلى مروان بن الحكم يأمره بالتفريق بينهما وقال في كتابه: هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ»[1] رواه أحمد وأبو داود.

ولأنه شرط نكاح إحداهما لنكاح الأخرى فلم يصح كما لو لم يسميا صداقاً يحققه أن عدم التسمية ليس بمفسد للعقد بدليل نكاح المفوضة فدل على أن المفسد هو الشرط وقد وجد.

ولأنه سلف في عقد فلم يصح كما لو قال: بعتك ثوبي بعشرة على أن تبيعني ثوبك بعشرين، وهذا الاختلاف فيما إذا لم يصرح بالتشريك فأما إن قال: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة منهما مائة وبضع الأخرى فالنكاح فاسد؛ لأنه صرح بالتشريك فلم يصح العقد كما لو لم يذكر مسمى.

فصل

ومتى قلنا بصحة العقد إذا سميا صداقا ففيه وجهان، أحدهما: تفسد التسمية ويجب مهر المثل وهذا قول الشافعي؛ لأن كل واحد منهما لم يرض بالمسمى إلا بشرط أن يتزوج ولية صاحبه فنقص المهر لهذا الشرط وهو باطل فإذا احتجنا إلى ضمان النقص صار المسمى مجهولاً فبطل. والوجه الثاني الذي ذكره القاضي في الجامع أنه يجب المسمى؛ لأنه ذكر قدراً معلوماً فصح أن يكون مهراً كما لو قال: زوجتك ابنتي على ألف على أن لي منها مائة.

مسألة: **(ولا يجوز نكاح المتعة).**

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٧٥) ٢: ٢٢٧ كتاب النكاح، باب: في الشغار.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٦٤١٤) طبعة إحياء التراث.

معنى نكاح المتعة أن يتزوج المرأة مدة مثل أن يقول: زوجتك ابنتي شهراً أو سنة أو إلى انقضاء الموسم أو قدوم الحاج وشبهه سواء كانت المرأة معلومة أو مجهولة فالنكاح باطل نص عليه أحمد. وقال أبو بكر فيه رواية أخرى أنها مكروهة غير حرام، وأشار إلى ما رواه ابن منصور عن أحمد أنه سئل عن متعة النساء فقال: يجتنبها أحب إلي، وحملها أبو الخطاب على أنه سئل هل للعامي أن يقلد من يفتي بمتعة النساء فقال: يجتنبها أحب إلي معناه الأولى أن لا يقلد لا أن المتعة تجوز عنده قال: أو نحملها على أنه لا أفعل ذلك بطل التأقيت وصح النكاح ويجتنبه أحب إلي وغير أبي بكر يمنع رواية ابن منصور ويقول المسألة رواية واحدة في تحريمها وهذا قول عامة الصحابة والفقهاء وممن روي عنه تحريمها عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود وابن الزبير. قال ابن عبدالبر: وعلى تحريم المتعة مالك في أهل المدينة، وأبو حنيفة في أهل الكوفة، والأوزاعي في أهل الشام، والليث بن سعد في أهل مصر، والشافعي وسائر أصحاب الآثار.

والأصل في هذا ما روى سبرة الجهني «أنه غزا مع النبي ﷺ فتح مكة قال: فأقمنا بها خمسة عشر فأذن لنا رسول الله ﷺ في متعة النساء... وذكر الحديث إلى أن قال: فلم أخرج حتى حرمها رسول الله ﷺ»[1]، وفي رواية أنه كان مع النبي ﷺ فقال: «يا أيها الناس! إني كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء. وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيلها ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً»[2] رواهن أحمد ومسلم.

وفي لفظ: عن سبرة: «أمرنا رسول الله ﷺ بالمتعة عام الفتح حين دخلنا مكة ثم لم يخرج حتى نهانا عنها»[3] رواه مسلم.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٠٦) ٢: ١٠٢٤ كتاب النكاح، باب نكاح المتعة... وأخرجه أحمد في مسنده (١٤٩٢١) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٠٦) ٢: ١٠٢٥ كتاب النكاح، باب نكاح المتعة... وأخرجه أحمد في مسنده (١٤٩٢٦) طبعة إحياء التراث.

(٣) أخرجه مسلم في الموضع السابق.

وفي رواية عنه «أن رسول الله ﷺ في حجة الوداع نهى عن نكاح المتعة»[1] رواه أحمد وأبو داود.

وعن علي «أن رسول الله ﷺ نهى عن نكاح المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر»[2]. وفي رواية: «نهى عن متعة النساءِ يوم خيبر وعن لحوم الحمر الإنسية»[3] متفق عليهما.

واختلف أهل العلم في الجمع بين هذين الخبرين فقال قوم: في حديث علي تقديم وتأخير وتقديره أن النبي ﷺ نهى عن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر، ونهى عن متعة النساء، و لم يذكر ميقات النهي عنها وقد بينه سبرة في حديثه أنه كان في حجة الوداع حكاه الإمام أحمد عن قوم وذكره ابن عبدالبر. وقال الشافعي: لا أعلم شيئاً أحله الله ثم حرمه ثم أحله ثم حرمه إلا المتعة فحمل الأمر على ظاهره وأن رسول الله ﷺ حرمها يوم خيبر ثم أحلها في حجة الوداع ثلاثة أيام ثم حرمها.

ولأنه لا تتعلق به أحكام النكاح من الطلاق والظهار واللعان والتوارث فكان باطلاً كسائر الأنكحة الباطلة.

فصل

فإن تزوجها بغير شرط إلا أن[4] في نيته طلاقها بعد شهر أو إذا انقضت حاجته في هذا البلد فالنكاح صحيح في قول عامة أهل العلم ولا نعلم أحداً خالف فيه إلا الأوزاعي فقال: هو نكاح متعة والصحيح أنه لا بأس به ولا تضر نيته وليس على الرجل أن ينوي حبس امرأته وحبسه إن وافقته وإلا طلقها.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٧٢) ٢: ٢٢٧ كتاب النكاح، باب في نكاح المتعة.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٤٩١٤) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٩٧٩) ٤: ١٥٤٤ كتاب المغازي، باب غزوة خيبر.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٠٧) ٢: ١٠٢٧ كتاب النكاح، باب نكاح المتعة...

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٢٠٣) ٥: ٢١٠٢ كتاب الذبائح والصيد، باب لحوم الحمر الإنسية.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٠٧) ٢: ١٠٢٧ كتاب النكاح، باب نكاح المتعة...

(٤) في الأصل: أنه. وما أثبتناه من المغني ٧: ٥٧٣.

مسألة : **(ولو تزوجها على أن يطلقها في وقت بعينه لم ينعقد النكاح)** .

يعني إذا تزوجها بشرط أن يطلقها في وقت معين لم يصح النكاح سواء كان معلوماً أو مجهولاً مثل أن يشترط عليه طلاقها إن قدم أبوها أو أخوها ؛ لأن هذا شرط مانع من بقاء النكاح فأشبه نكاح المتعة .

ولأنه شرط انتفاء النكاح في وقت بعينه أشبه نكاح المتع . وقال أبو حنيفة : يصح النكاح ويبطل الشرط وهو أظهر قولي الشافعي قاله في عامة كتبه ؛ لأن النكاح وقع مطلقاً وإنما شرط على نفسه شرطاً وذلك لا يؤثر فيه كما لو شرط أن لا يتزوج عليها ولا يسافر بها وعن أحمد كقولهما والأول المذهب .

مسألة : **(وكذلك إن شرط عليه أن يحلها لزوج كان قبله)** .

أما نكاح المحلل فحرام باطل في قول عامة أهل العلم منهم الحسن ومالك والشافعي ، وسواء قال : زوجتها إلى أن تطأها أو شرط له أنه إذا أحلها فلا نكاح بينهما ، أو أنه إذا أحلها للأول طلقها ؛ لما روى ابن مسعود قال : «لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له»[(١)] رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه ، وللخمسة إلا النسائي من حديث علي مثله[(٢)] . قال الترمذي : والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ منهم عمر وعثمان وعبدالله بن عمر . وهو قول الفقهاء من التابعين . وروي ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس .

وعن عقبة بن عامر قال : قال رسول الله ﷺ : «ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا : بلى يا رسول الله! قال : هو المحلِّل ، لعن الله المحلِّل[(٣)] والمحلَّل له»[(٤)] رواه ابن ماجه .

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١١٢٠) ٣: ٤٢٨ كتاب النكاح، باب ما جاء في المحل والمحلل له .
وأخرجه النسائي في سننه (٣٤١٦) ٦: ١٤٩ كتاب الطلاق، باب إحلال المطلقة ثلاثاً وما فيه من التغليظ .
وأخرجه أحمد في مسنده (٤٢٧١) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٧٦) ٢: ٢٢٧ كتاب النكاح، باب في التحليل .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١١٩) ٣: ٤٢٧ كتاب النكاح، باب ما جاء في المحل والمحلل له .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٣٥) ١: ٦٢٢ كتاب النكاح، باب المحلل والمحلل له.
وأخرجه أحمد في مسنده (٦٧٣) طبعة إحياء التراث.

(٣) في الأصل: المحل لعن الله المحل. وما أثبتناه من السنن.

(٤) أخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٣٦) ١: ٦٢٣ كتاب النكاح، باب المحلل والمحلل له.

وروى الأثرم بإسناده عن قبيصة بن جابر قال: سمعت عمر وهو يخطب الناس وهو يقول: «والله! لا أوتى بمحلّ ولا محلّل له إلا رجمتهما».

ولأنه نكاح إلى مدة، أو فيه شرط يمنع بقائه. فأشبه نكاح المتعة.

فصل

فإن شرط عليه التحليل قبل العقد ولم يذكره في العقد ونواه في العقد أو نوى التحليل من غير شرط فالنكاح باطل أيضاً.

قال إسماعيل بن سعد: سألت أحمد عن الرجل يتزوج المرأة وفي نفسه أن يحللها لزوجها الأول ولم تعلم المرأة بذلك، قال: هو محلل، إذا أراد بذلك الإحلال فهو ملعون.

وهذا ظاهر قول الصحابة روى نافع عن ابن عمر «أن رجلاً قال له: امرأة تزوجتها أحلها لزوجها لم يأمرني ولم يعلم. قال: لا. إلا نكاح رغبة إن أعجبتك أمسكتها وإن كرهتها فارقتها. قال: وإن كنا على عهد رسول الله ﷺ نَعُدُّه سِفَاحًا وقال: لا يزالان زانيين وإن مكثا عشرين سنة إذا علم أنه يُريد أن يُحلّها»[1]. وهذا قول عثمان بن عفان.

و«جاء رجل إلى ابن عباس فقال: إن عمي طلق امرأته ثلاثًا، أيحلها له رجل؟ قال: من يخادع الله يخدعه»[2]. وهذا قول الحسن ومالك

وعن أحمد أن العقد صحيح وبه قال أبو حنيفة والشافعي؛ لأنه خلا عن شرط يفسده فأشبه ما لو نوى طلاقها لغير الإحلال أو ما لو نوت المرأة ذلك؛ لأن العقد إنما يبطل بما شرط لا بما قصد بدليل ما لو اشترى عبداً بشرط أن يبيعه لم

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٢٠٨ كتاب النكاح، باب ما جاء في نكاح المحلل.
وأخرجه الحاكم في المستدرك (٢٨٠٦) ٢: ٢١٧ كتاب الطلاق.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٣٣٧ كتاب الخلع والطلاق، باب من جعل الثلاث واحدة وما ورد في خلاف ذلك.
وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (١٠٦٥) ١: ٢٦٢ كتاب الطلاق، باب التعدي في الطلاق.

يصح ولو نوى ذلك لم يبطل والأول أصح ؛ لقول النبي ﷺ : «لعن الله المحلل والمحلل له»[1] .

ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم فكان إجماعاً .

ولأنه قصد به التحليل فلم يصح كما لو شرطه .

فصل

ونكاح المحلل فاسد تثبت فيه سائر أحكام العقود الفاسدة ، ولا يحصل به الإحصان ولا الإباحة للزوج الأول ، كما لا يثبت في سائر العقود الفاسدة .

فإن قيل : فقد سماه النبي ﷺ محللاً وسمى الزوج محللاً له ولو لم[2] يحصل الحل لم يكن محلاً ولا محللاً له؟

قلنا : إنما سماه محللاً ؛ لأنه قصد التحليل في موضع لا يحصل فيه الحل كما قال : «ما آمَنَ بالقرآن من استحلَّ محارمَه»[3] وقال الله تعالى : ﴿يحلونه عاماً ويحرمونه عاماً﴾ [التوبة :٣٧] ولو كان محلاً في الحقيقة والآخر محللاً له لم يكونا ملعونين .

مسألة : (**وإذا عقد المحرم نكاحاً لنفسه أو لغيره ، أو عقد أحد نكاحاً لمحرم أو على محرمة فالنكاح فاسد**) .

أما المحرم إذا تزوج لنفسه أو عقد النكاح لغيره ككونه ولياً أو وكيلاً فإنه لا يصح ؛ لقول النبي ﷺ : «لا يَنكح المحرم ولا يُنكح ولا يخطب»[4] رواه الجماعة إلا البخاري من حديث عثمان . وليس للترمذي فيه : ولا يخطب .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤٦٢.

(٢) في الأصل: و لم. وما أثبتناه من المغني ٧: ٥٧٨.

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (٢٩١٨) ٥: ١٨٠ كتاب فضائل القرآن ، باب.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٠٩) ٢: ١٠٣١ كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم، وكراهة خطبته.
وأخرجه أبو داود في سننه (١٨٤١) ٢: ١٦٩ كتاب المناسك، باب المحرم يتزوج.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٨٤٠) ٣: ١٩٩ كتاب الحج، باب ما جاء في كراهية تزويج المحرم.
وأخرجه النسائي في سننه (٢٨٤٤) ٥: ١٩٢ كتاب مناسك الحج، النهي عن ذلك.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٦٦) ١: ٦٣٢ كتاب النكاح، باب المحرم يتزوج.
وأخرجه أحمد في مسنده (٤٠١) ١: ٥٧.

وإن عقد الحلال نكاحاً لمحرم بأن يكون وكيلاً له أو ولياً عليه أو عقده على محرمة لم يصح ؛ لدخوله في عموم الحديث .

ولأنه إذا تزوج له وكيله فقد نكح ، وحكى القاضي في كون المحرم ولياً لغيره روايتين إحداهما : لا يصح وهي اختيار الخرقي ، والثانية : يصح وهي اختيار أبي بكر ؛ لأن النكاح حرم على المحرم ؛ لأنه من دواعي الوطء المفسد للحج ولا يحصل ذلك فيه بكونه ولياً لغيره والأول أصح ؛ لدخوله في عموم الخبر .

ولأنه عقد لا يصح للمحرم فلم يصح منه كشراء الصيد وقد مضت هذه المسألة في الحج بأبسط من هذا الشرح .

مسألة : **(وأيُّ الزوجين وجد بصاحبه جنوناً أو جذاماً أو برصاً ، أو كانت المرأة رتقاء ، أو قرناء ، أو عفلاء ، أو فتقاء ، أو كان الرجل مجنوناً فلِمَنْ وَجَدَ ذلك منهما بصاحبه الخيار في فسخ النكاح)** .

هذه المسألة تشتمل على فصول :

الأول : أن خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين للعيب يجده في صاحبه في الجملة وهذا مروي عن عمر وابنه وابن عباس وبه قال الشافعي ؛ لأنه عيب يمنع الوطء أو كمال الوطء فأثبت الخيار كالجب والعنة .

ولأن المرأة أحد العوضين في النكاح فجاز ردها بعيب كالصداق أو أحد العوضين في عقد النكاح فجاز رده بالعيب أو أحد الزوجين فثبت له الخيار بالعيب في الآخر كالمرأة . وأما غير هذه العيوب فلا يمنع المقصود له بعقد النكاح وهو الوطء بخلاف العيوب المختلف فيها .

فإن قيل : فالجنون والجذام والبرص لا يمنع الوطء ؟

قلنا : بل يمنعه ؛ لأن ذلك يوجب نفرة تمنع قربانه بالكلية ومسه ويخاف منه التعدي إلى نفسه ونسله والمجنون يخاف منه الجناية فصار كالمانع الحسي .

الفصل الثاني في عدد العيوب المثبتة للفسخ ، وهي فيما ذكر الخرقي ثمانية . ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي الجنون والجذام والبرص ، واثنان يختصان الرجل وهما الجب والعنة ، وثلاثة تختص المرأة وهي الفتق والقرن والعفل . وقال القاضي :

هي سبعة جعل القرن والعفل شيئاً واحداً وهو الرتق أيضاً وذلك لحم ينبت في الفرج، وحكي ذلك عن أهل الأدب، وحكي نحوه عن أبي بكر، وذكره أصحاب الشافعي.

وقال الشافعي: القرن عظم في الفرج يمنع الوطء، وقال غيره: لا يكون في الفرج عظم إنما هو لحم ينبت فيه، وحكي عن أبي حفص أن العفل كالرغوة في الفرج تمنع لذة الوطء.

فعلى هذا يكون عيباً ثامناً.

وقال أبو الخطاب: الرتق أن يكون الفرج مسدوداً يعني ملتصقاً لا يدخل الذكر فيه.

والقرن والعفل: لحم ينبت في الفرج فيسده فهما في معنى الرتق إلا أنهما نوع آخر.

وأما الفتق فهو انخراق ما بين مجرى البول ومجرى المني، وقيل: ما بين القبل والدبر.

وإنما اختص الفسخ بهذه العيوب؛ لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح فإن الجذام والبرص يثيران نفرة في النفس تمنع قربانه ويخشى تعديه إلى النفس والنسل فيمنع الاستمتاع، والجنون يثير نفرة ويخشى ضرره والجب والرتق يتعذر معه الوطء، والفتق يمنع لذة الوطء وفائدته وكذلك العفل على قول من فسره بالرغوة فإن اختلفا في وجود العيب مثل: أن يكون بجسده بياض يمكن أن يكون بهقاً أو مراراً واختلفا في كونه برصاً أو كانت به علامات الجذام من ذهاب شعر الحاجبين فاختلفا في كونه جذاماً فإن كانت للمدعي بينة من أهل الخبرة والثقة يشهدان له بما قال ثبت قوله وإلا حلف المنكر والقول قوله؛ لقول النبي ﷺ: «ولكن اليمين على المدعى عليه»[1] وإن اختلفا في عيوب النساء أريت النساء الثقات، ويقبل فيه قول امرأة واحدة، فإن شهدت بما قال الزوج وإلا فالقول قول المرأة.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٢٧٧) ٤: ١٦٥٦ كتاب التفسير، باب ﴿إن الذين يشترون بعهد الله...﴾. وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧١١) ٣: ١٣٣٦ كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه.

وأما الجنون فإنه يثبت الخيار سواء كان مطبقاً أو كان يخنق في الأحيان ؛ لأن النفس لا تسكن إلى من هذه حاله إلا أن يكون مريضاً يغمى عليه ثم يزول فذلك مرض لا يثبت به خيار فإن زال المرض ودام به الإغماء فهو كالجنون يثبت به الخيار .

وأما الجب فهو أن يكون جميع ذكره مقطوعاً أو لم يبق منه إلا ما لا يمكن الجماع به فإن بقي منه ما يمكن الجماع به ويغيب منه في الفرج قدر الحشفة فلا خيار لها ؛ لأن الوطء ممكن وإن اختلفا في ذلك فالقول قول المرأة ؛ لأنه يضعف بالقطع والأصل عدم الوطء ويحتمل أن القول قوله كما لو ادعى الوطء في العنة .

ولأن له ما يمكن الجماع به فأشبه من له ذكر قصير .

الفصل الثالث : أنه لا يثبت الخيار لغير ما ذكرنا ؛ لأنه لا يمنع من الاستمتاع بالمعقود[1] عليه ولا يخشى تعديه فلم ينفسخ به النكاح كالعمى والعرج .

ولأن الفسخ إنما يثبت بنص أو إجماع أو قياس ولا نص في غير هذه ولا إجماع ولا يصح قياسها على هذه العيوب لما بينهما من الفرق .

وقال أبو بكر وأبو حفص : إذا كان أحدهما لا يستمسك بوله ولا خلاؤه فللآخر الخيار .

قال أبو الخطاب : ويتخرج على ذلك من به الباسور والناصور والقروح السيالة في الفرج ؛ لأنها تثير نفرة ، وتتعدى نجاستها ، وتسمى من لا يحبس نجوها الشريم ، ومن لا يحبس بولها الماسوكة ومثلها من الرجال الأمتن . قال أبو حفص : والخصا عيب يرد به وهو أحد قولي الشافعي ؛ لأن فيه نقصاً وعيباً أو يمنع الوطء أو يضعفه .

وفي البخر ، وكون أحد الزوجين خنثى وجهان :

أحدهما : يثبت الخيار ؛ لأن فيه نفرة ونقصاً وعاراً والبخر نتن الفم . وقال ابن حامد : نتن في الفرج يثور عند الوطء وهذا إن أراد به أنه يسمى أيضاً بخراً

---

(١) في الأصل: للعقود. وما أثبتناه من المغني ٧: ٥٨٢.

ويثبت الخيار وإلا فلا معنى له فإن نتن الفم يسمى بخراً ويمنع مقاربة صاحبه إلا على كره وما عدا ما ذكرنا فلا يثبت الخيار وجهاً واحداً .

الفصل الرابع : أنه إذا أصاب أحدهما بالآخر عيباً وبه عيب من غير جنسه كالأبرص يجد المرأة مجنونة أو مجذومة فلكل واحد منهما الخيار ؛ لوجود سببه ، إلا أن يجد المجبوب المرأة رتقاء فلا ينبغي أن يثبت لهما خيار ؛ لأن عيبه ليس هو المانع لصاحبه من الاستمتاع وإنما امتنع لعيب نفسه . وإن وجد أحدهما بصاحبه عيباً به مثله ففيه وجهان :

أحدهما : لا خيار لهما ؛ لأنهما متساويان ولا مزية لأحدهما على صاحبه فأشبها الصحيحين .

والثاني : له الخيار ؛ لوجود سببه فأشبه ما لو غُرَّ عبد بحرية أمة .

فصل

ومن شرط ثبوت الخيار بهذه العيوب أن لا يكون عالماً بها وقت العقد ولا يرضى بها بعده فإن علم بها في العقد أو بعده فرضي فلا خيار له لا نعلم فيه خلافاً ؛ لأنه رضي به فأشبه مشتري المعيب ، وإن ظن العيب يسيراً فبان كثيراً كمن ظن أن البرص في قليل من جسده فبان في كثير منه فلا خيار له أيضاً ؛ لأنه من جنس ما رضي به ، وإن رضي بعيب فبان به غيره فله الخيار ؛ لأنه وجد به عيباً لم يرض به ولا بجنسه فيثبت له الخيار كالمبيع إذا رضي المشتري بعيب فيه فوجد به غيره ، وإن رضي بعيب فزاد بعد العقد كأنه كان به قليل من البرص فانبسط في جلده فلا خيار له ؛ لأن رضاه به رضى بما يحدث منه .

مسألة : **(وإذا فسخ قبل المسيس فلا مهر ، وإن كان بعده وادعى أنه ما علم حلف ، وكان له أن يفسخ وعليه المهر يرجع به على مَن غَرَّه)** .

هذه المسألة تشتمل على أحكام :

الأول : أن الفسخ إذا وجد قبل الدخول فلا مهر لها عليه سواء كان من الزوج أو المرأة ، وهذا قول الشافعي ؛ لأن الفسخ إن كان منها فالفرقة من جهتها

فسقط مهرها كما لو فسخته برضاع زوجة له أخرى، وإن كان منه فإنما فسخ لعيب بها دلسته بالإخفاء فصار الفسخ كأنه منها .

فإن قيل : فهلا جعلتم فسخها لعيب[1] كأنه منه لحصوله بتدليسه؟

قلنا : العوض من الزوج في مقابلة عوضها فإذا اختارت فسخ العقد مع سلامة ما عقدت عليه رجع العوض إلى العاقد معها وليس من جهتها عوض في مقابلة منافع الزوج وإنما يثبت لها الخيار لأجل ضرر يلحقها لا لتعذر ما استحقت عليه في مقابلته عوضاً فافترقا .

الحكم الثاني : أن الفسخ إذا كان بعد الدخول فلها المهر ؛ لأن المهر يجب بالعقد ويستقر بالدخول فلا يسقط بحادث بعده ولذلك لا يسقط بردتها ولا بفسخ من جهتها ويجب المهر المسمى . وذكر القاضي في المجرد فيه روايتين :

إحداهما : يجب المسمى والأخرى : مهر المثل بناء على الروايتين[2] في العقد الفاسد .

الحكم الثالث : إذا علم بالعيب وقت العقد أو بعد ثم وجد منه رضى أو دلالة عليه كالدخول بالمرأة أو تمكينها إياه من الوطء لم يثبت له الفسخ لنه رضي بإسقاط حقه فسقط كما لو علم المشتري بالعيب فرضيه . وإذا اختلفا في العلم فالقول قول من ينكره لأن الأصل معه.

الحكم الرابع : أنه يرجع بالمهر على من غرّه .

مسألة : **(ولا سكنى لها ولا نفقة لأن السكنى والنفقة إنما تجب لمرأة زوجها له عليها رجعة)** .

مسألة : **(وإذا عتقت الأمة وزوجها عبد فلها الخيار في فسخ النكاح)** .

أجمع أهل العلم على هذا . ذكره ابن المنذر وابن عبدالبر وغيرهما . والأصل فيه خبر بريرة ، قالت عائشة : «كاتبت بريرة فخيرها رسول الله ﷺ في زوجها

---

(١) في الأصل: لعيبه، وما أثبتناه من المغني ٧: ٥٨٥.

(٢) سقط هنا صفحة من مصورة الأصل وقد استدركنا بقية الشرح والمتن من المغني باختصار ٧:٥٨٦ . وينتهي السقط عند قوله : فكان لها الخيار كما لو تزوج حرة...

وكان عبداً . فاختارت نفسها . قال عروة : ولو كان حراً ما خيرها رسول الله ﷺ »[1] . رواه مالك وأبو داود والنسائي .

ولأن عليها ضرراً في كونها حرة تحت العبد[2] فكان لها الخيار كما لو تزوج حرة على أنه حر فبان عبداً فإن اختارت الفسخ فلها فراقه وإن رضيت المقام معه لم يكن لها فراقه بعد ذلك ؛ لأنها أسقطت حقها وهذا مما لا خلاف فيه .

فصل

وإن عتقت تحت حر فلا خيار لها وإلى هذا ذهب ابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب ومالك والشافعي .

وعن أحمد : يثبت لها الخيار وبه قال إبراهيم النخعي وأبو حنيفة وأصحابه [لما روى][3] إبراهيم النخعي عن الأسود عن عائشة قالت : «كان زوج بريرة حراً فلما أعتقت خيرها رسول الله ﷺ فاختارت نفسها»[4] .

ولأنها كملت بالحرية فكان لها الخيار كما لو كان زوجها عبداً .

ووجه الرواية الأولى وهي أصح أنها كافأت زوجها في الكمال فلم يثبت لها الخيار كما لو أسلمت الكتابية تحت مسلم . وأما خبر الأسود فقال البخاري : هو منقطع ثم إن عائشة عمة القاسم وعروة ابن أختها فروايتهما هنا أولى من رواية أجنبي يسمع من وراء حجاب . قال أحمد : هذا ابن عباس وعائشة قالا في زوج بريرة إنه عبد ورواه أهل المدينة وعملوا به وإذا روى أهل المدينة حديثاً وعملوا به فهو أصح شيء ويخالف الحر العبد ؛ لأن العبد ناقص فإذا كملت تحته تضررت ببقائها عنده بخلاف الحر .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٣٣) ٢: ٢٧٠ كتاب الطلاق، باب في المملوكة تعتق وهي تحت حر أو عبد.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٤٥١) ٦: ١٦٤ كتاب الطلاق ، باب خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك.

(٢) إلى هنا ينتهي النقل من المغني .

(٣) ما بين المعكوفين غير ظاهر في مصورة الأصل ولعله كما أثبتناه.

(٤) أخرجه النسائي في سننه (٣٤٤٩) ٦: ١٦٣ كتاب الطلاق ، باب خيار الأمة تعتق وزوجها حر.
وبعد نهاية الحديث هناك عدة كلمات غير ظاهرة في مصورة الأصل.

مسألة : **(فإن أعتق قبل أن تختار أو وطئها بطل خيارها علمت أن الخيار لها أو لم تعلم)** .

أما خيار المعتقة فعلى التراخي ما لم يوجد أحد هذين الأمرين عتق زوجها أو وطئه لها ولا يمنع الزوج من وطئها وممن قال إنه على التراخي الأوزاعي ومالك وروي ذلك عن ابن عمر وأخته حفصة وحكاه بعض أهل العلم عن الفقهاء وهو ظاهر قول الشافعي ؛ لما روى عروة عن عائشة «أن بريرة أعتقت وهي عند مغيث عبد لآل أبي أحمد فخيرها رسول الله ﷺ وقال لها : إن قربك فلا خيار لك»[1] رواه أبو داود .

وهو دليل على أن الخيار على التراخي ما لم يطأ .

ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم في عصرهم . قال ابن عبد البر : لا أعلم لابن عمر وحفصة مخالفاً من الصحابة .

ولأن الحاجة داعية إلى ذلك فثبت لها ؛ كخيار القصاص .

إذا ثبت هذا فمتى عتق قبل أن تختار سقط خيارها ؛ لأن الخيار لدفع الضرر بالرق وقد زال بعتقه فسقط كالمبيع إذا زال عيبه وهذا أحد قولي الشافعي وإن وطئها بطل خيارها علمت بالخيار أو لم تعلم نص عليه أحمد وذكر القاضي وأصحابه أن لها الخيار وإن أصيبت ما لم تعلم فإن أصابها بعد علمها فلا خيار لها وهذا قول الأوزاعي والشافعي ؛ لأنها إذا أمكنت من وطئها قبل علمها فلم يوجد منها ما يدل على الرضا فهو كما لو لم تصب .

والأول أصح ؛ لما تقدم من الحديث .

وروى مالك عن ابن شهاب عن عروة «أن مولاة لبني عدي يقال لها زبراء أخبرته أنها كانت تحت عبد فعتقت . قالت : فأرسلت إليّ حفصة فدعتني . فقالت : إن أمرك بيدك ، ما لم يمسك زوجك . فإن مسك فليس لك من الأمر شيء . فقلت : هو الطلاق ثم الطلاق ، ففارقته ثلاثًا»[2] .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٣٦) ٢: ٢٧١ أبواب الطلاق، باب حتى متى يكون لها الخيار .

(٢) أخرجه الإمام مالك في موطئه (٢٧) ٢: ٤٤١ كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخيار.

وروى مالك عن نافع عن ابن عمر «أن لها الخيار ما لم يمسها»[1] .

ولأنه خيار عيب ، فيسقط بالتصرف فيه مع الجهالة ؛ كخيار الرد بالعيب .

ولا تفريع على هذا القول وأما على القول الآخر فإذا وطئها وادعت الجهالة بالعتق وهي ممن يجوز خفاء ذلك عليها مثل أن يعتقها سيدها في بلد آخر فالقول قولها مع يمينها ؛ لأن الأصل عدم ذلك ، وإن كانت مما لا يخفى ذلك عليها لكونهما في بلد واحد وقد اشتهر ذلك لم يقبل قولها ؛ لأنه خلاف الظاهر وإن علمت العتق وادعت الجهالة بثبوت الخيار فالقول قولها ؛ لأن ذلك لا يعلمه إلا خواص الناس فالظاهر صدقها فيه وللشافعي في قبول قولها في ذلك قولان .

مسألة : **(ولو كانت لنفسين فأعتق أحدهما فلا خيار لها إذا كان المعتق معسراً)** .

إنما شرط الإعسار في المعتق ؛ لأن الموسر يسري عتقه إلى جميعها فتصير حرة ويثبت لها الخيار والمعسر لا يسري عتقه بل يعتق منها ما أعتق وباقيها فلا تكمل حريتها فلا يثبت لها الخيار حينئذ وهذ قول الشافعي . وعن أحمد أن لها الخيار حكاها أبو بكر واختارها ؛ لأنها أكمل منه فإنها ترث وتورث وتحجب بقدر ما فيها من الحرية . ووجه قول الخرقي أنه لا نص في المعتق بعضها ولا هي في معنى الحرية الكاملة ؛ لأنها كاملة الأحكام وأيضاً ما علل به أحمد وهو أن العقد صحيح فلا يفسخ بالمختلف فيه وهذه مختلف فيها .

مسألة : **(فإن اختارت المقام معه قبل الدخول أو بعده فالمهر للسيد وإن اختارت فراقه قبل الدخول فلا مهر لها وإن اختارته بعد الدخول فالمهر للسيد)** .

أما المعتقة إذا اختارت المقام مع زوجها قبل الدخول أو بعده أو اختارت الفسخ بعد الدخول فالمهر واجب ؛ لأنه وجب بالعقد فإذا اختارت المقام فلم يوجد له مسقط ، وإن فسخت بعد الدخول فقد استقر بالدخول فلم يسقط بشيء

(١) أخرجه مالك في موطئه (٢٦) الموضع السابق.

وهو للسيد في الحالين ؛ لأنه وجب بالعقد في ملكه والواجب المسمى في الحالين سواء أكان الدخول قبل العتق أو بعده ؛ لأنه عقد صحيح فيه مسمى صحيح اتصل به الدخول قبل الفسخ فأوجب المسمى كما لو لم يفسخ .

وأما إن اختارت الفسخ قبل الدخول فلا مهر لها نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي . وعن أحمد للسيد نصف المهر ؛ لأنه وجب للسيد فلا يسقط بفعل غيره .

ووجه الأول أن الفرقة جاءت من قبلها فيسقط مهرها كما لو أسلمت أو ارتدت أو أرضعت زوجة له أخرى ، وقوله : وجب للسيد قلنا : لكن بواسطتها ولهذا سقط نصفه بفسخها وجميعه بإسلامها وردتها والله أعلم .

باب أجل العنين والخصي غير المجبوب

العِنّين هو: العاجز عن الإيلاج، وهو مأخوذ من عنَّ أي اعترض؛ لأن ذكره يعن إذا أراد إيلاجه أي يعترض. والعنن الاعتراض وقيل لأنه يعن لقبل المرأة من عن يمينه وشماله فلا يقصده فإذا كان الرجل كذلك فهو عيب به ويستحق به فسخ النكاح بعد أن تضرب له مدة يختبر فيها ويعلم حاله بها وهذا قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة بن شعبة وعليه فتوى فقهاء الأمصار، منهم أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي؛ لما روي «أن عمر أجّل العنين سنة»[1].

وروى ذلك الدارقطني بإسناده عن عمر وابن مسعود والمغيرة بن شعبة[2] ولا مخالف لهم. ورواه أبو حفص عن علي.

ولأنه عيب يمنع الوطء. فأثبت الخيار؛ كالجب في الرجل، والرتق في المرأة.

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: **(وإذا ادعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل إليها أُجِّل سنة منذ ترافعه، فإن لم يصبها فيها خُيِّرت في المقام معه أو فراقه فإن اختارت فراقه كان ذلك فسخاً بلا طلاق)**.

أما إذا ادعت المرأة عجز زوجها عن وطئها لعنة سئل عن ذلك فإن أنكر والمرأة عذراء فالقول قولها، وإن كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه في ظاهر المذهب؛ لأن هذا أمر لا يعلم إلا من جهته والأصل السلامة، وقال القاضي: هل يستحلف أو لا؟ على وجهين بناء على دعوى الطلاق فإن أقر بالعجز أو ثبت بينة على إقراره به أو أنكر فطلبت يمينه فنكل ثبت عجزه ويؤجل سنة في قول عامة أهل العلم؛ لأنه قول من سمينا من الصحابة.

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٢١) ٣: ٣٠٥ باب المهر.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٢٤) ٣: ٣٠٥ عن عبد الله بن مسعود، و (٢٢٥-٢٢٦-٢٢٧) ٣: ٣٠٦ عن المغيرة بن شعبة.

ولأن هذا العجز قد يكون لعنة وقد يكون لمرض فضربت له سنة لتمضي عليه الفصول الأربعة فإن كان من يبس زال في فصل الرطوبة ، وإن كان من رطوبة زال في فصل الحرارة ، وإن كان من انحراف مزاج زال في فصل الاعتدال . فإذا مضت الفصول الأربعة واختلفت عليه الأهوية و لم يزل : علم أنه خلقة .

وحكي عن أبي عبيد أنه قال : أهل الطب يقولون : الداء لا يستجن في البدن أكثر من سنة ثم يظهر ، وابتداء السنة منذ ترافعه .

قال ابن عبد البر : على هذا جماعة القائلين بتأجيله قال معمر في حديث عمر : يؤجل سنة من يوم مرافعته فإذا انقضت المدة و لم يطأ فلها الخيار وإن اختارت الفسخ لم يجز إلا بحكم الحاكم ؛ لأنه مختلف فيه فإما أن يفسخ وإما أن يرده إليها فتفسخ هي في قول عامة القائلين به ولا يفسخ حتى تختار الفسخ وتطلبه ؛ لأنه لحقها فلا تجبر على استيفائه كالفسخ للإعسار فإذا فسخ فهو فسخ وليس بطلاق وهذا قول الشافعي ؛ لأن هذا خيار ثبت لأجل العيب فكان فسخاً كفسخ المشتري لأجل العيب .

فصل

فأما الخصي فإن الخرقي ذكره في ترجمة الباب و لم يفرده بحكم فظاهر كلامه أنه ألحقه بالعنين في أنه متى لم يصل إليها أجل ، فإن وصل إليها فلا خيار لها ؛ لأن الوطء ممكن والاستمتاع حاصل بوطئه وقد قيل أن وطئه أكثر من وطء غيره ؛ لأنه لا ينزل فيفتر بالإنزال وقد ذكرنا اختلاف أصحابنا في ذلك فيما مضى ، ولا فرق بين من قطعت خصيتاه والموجور وهو الذي رُضَّت خصيتاه ، والمسلول الذي سُلَّت خصيتاه فإن الحكم في الجميع واحد وأنه لا ينزل ولا يولد له .

مسألة : **(وإن قال : قد عَلِمَتْ أني عنين قبل أن أنكحها ، فإن أقرت أو ثبت ببينة فلا يُؤجل وهي امرأته)** .

أما إذا علمت المرأة عنة الرجل وقت العقد مثل أن يعلمها بعنته أو تضرب له المدة وهي امرأته فينفسخ النكاح ثم يتزوجها ونحو ذلك لم تضرب له المدة وهي

امرأته في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة وأصحابه ؛ لأنها رضيت بالعيب ودخلت في العقد عالمة به فلم يثبت لها خيار كما لو علمته مجبوباً .

ولأنها لو رضيت به بعد العقد أو بعد المدة لم يكن لها فسخ فكذلك إذا رضيت به في العقد كسائر العيوب . ولو أنها رضيت بالمقام معه ثم طلقها ثم ارتجعها لم يثبت لها المطالبة كذا هاهنا ، فإن ادعى عليها العلم بعنته فأنكرته فالقول قولها مع يمينها ؛ لأن الأصل عدم العلم ، وإن أقرت أو ثبت ببينة ثبت نكاحها وبطل خيارها .

مسألة : **(وإن علمت أنه عنين بعد الدخول فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك ويُؤجل سنة من يوم ترافعه)** .

لا نعلم في هذا خلافاً وذلك لأن سكوتها بعد العقد ليس بدليل على الرضا ؛ لأنه زمن لا تملك فيه الفسخ ولا الامتناع من استمتاعه فلم يكن سكوتها مسقطاً لحقها كسكوتها بعد ضرب المدة وقبل انقضائها ولو سكتت بعد المدة لم يبطل خيارها أيضاً ؛ لأن الخيار لا يثبت إلا بعد رفعه إلى الحاكم وثبوت عجزه فلا يضر السكوت قبله .

مسألة : **(وإن قالت في وقت من الأوقات : قد رضيت به عنيناً لم يكن لها المطالبة بعد)** .

أما إذا رضيت به عنيناً بطل خيارها سواء قالته عقيب العقد أو بعد ضرب المدة أو بعد انقضائها ولا نعلم في بطلان خيارها بقولها : رضيت به عنيناً بعد انقضاء المدة خلافاً . وأما قبلها فيبطل خيارها عندنا أيضاً ؛ لأنها رضيت بالعيب بعد العقد فسقط خيارها كسائر العيوب ، وكما بعد انقضاء المدة .

فإن قيل : فلو رضيت المرأة بالإعسار ثم اختارت الفسخ ملكته ، ولو آلى منها فرضيت بالمقام معه ثم طالبت بالعنة كان لها ذلك .

قلنا : الفرق بينهما أن النفقة يتجدد وجوبها كل يوم فإذا رضيت بإسقاط ما يجب لها في المستقبل لم يسقط ؛ لأنها أسقطته قبل وجوبه فأشبه إسقاط الشفعة قبل البيع بخلاف العيب .

ولأن الإعسار يعقبه اليسار فيرضى بالمقام رجاء ذلك وكذلك المولي يجوز أن يكفر عن يمينه ويطأ فإذا لم يوجد ذلك ثبت لها الخيار . وأما العنين إذا رضيته فقد رضيت بالعجز من طريق الخلقة وهو معنى لا يزول في العادة فافترقا .

مسألة : **(وإن اعترفت أنه قد وصل إليها مرة بطل أن يكون عنيناً)** .

أكثر أهل العلم يقولون : متى وطئ امرأته مرة ثم ادعت عجزه لم يسمع دعواها ولم يضرب له مدة منهم عمرو بن دينار وإبراهيم النخعي ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه ؛ لأنه قد تحققت قدرته على الوطء في هذا النكاح وزالت عنته فلم تضرب له مدة كما لو لم يعجز .

ولأن حقوق الزوجية من استقرار المهر والعدة فثبت بوطء واحد وقد وجد .

فصل

والوطء الذي يخرج به عن العنة هو تغييب الحشفة في الفرج ؛ لأن الأحكام المتعلقة بالوطء تتعلق بتغييب الحشفة فكان وطئاً صحيحاً فإن كان الذكر مقطوع الحشفة ففيه وجهان :

أحدهما : لا يخرج عن العنة إلا بتغييب جميع الباقي ؛ لأنه لا حد هاهنا يمكن اعتباره فاعتبر تغييب جميعه ؛ لأنه المعنى الذي يتحقق به حصول حكم الوطء .

والثاني : يعتبر تغييب قدر الحشفة ليكون ما يجزئ من المقطوع مثل حصول حكم الوطء مما يجزئ من الصحيح ، وللشافعي قولان كهذين .

مسألة : **(وإن زعم أنه قد وصل إليها وادعت أنها عذراء أُريت النساء الثقات ، فإن شهدن بما قالت أُجّل سنة)** .

أما إذا ادعت المرأة عنة زوجها فزعم أنه وطئها وقالت : إنها عذراء أُريت النساء الثقات فإن شهدن ببكارتها فالقول قولها ويؤجل وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وإنما كان كذلك ؛ لأن الوطء يُزيل بكارتها فوجودها يدل على عدم الوطء وإن ادعى أن بكارتها عادت بعد الوطء فالقول قولها ؛ لأن هذا بعيد جداً ، وإن كان متصوراً .

قال صاحب المغني: وهل تستحلف المرأة؟ يحتمل وجهين:

أحدهما: تستحلف؛ لإزالة هذا الاحتمال كما يستحلف سائر من قلنا القول قوله.

والثاني: لا تستحلف؛ لأن ما يبعد جداً لا التفات إليه كاحتمال كذب البينة العادلة وكذب المقر في إقراره، وهل يقبل قول امرأة واحدة؟ على روايتين. وهذا الذي ذكره الخرقي فيما إذا اختلفا في ابتداء الأمر قبل ضرب الأجل. فإن اختلفا في ذلك بعد ضرب المدة وشهد النساء بعذرتها لم تنقطع المدة وإن كان بعد انقضاء المدة فحكمه حكم من اعترف أنه لم يطأها[1]، وفي كل موضع شهد النساء بزوال عذرتها فالقول قوله ويسقط حكم قولها؛ لأنه تبين كذبها، وإن ادعت أن عذرتها زالت بسبب آخر فالقول قوله؛ لأن الأصل عدم الأسباب.

مسألة: **(فإن جُبَّ قبل الحول فلها الخيار في وقتها)**.

كأن الخرقي أراد إذا ضربت له المدة فلم يصبها حتى يجب ثبت لها الخيار في الحال؛ لأنها تنتظر الحول لتعلم عجزه، وقد علمناه هاهنا يقيناً فلا حاجة إلى الانتظار.

قال القاضي: ويلزم على هذا أن سائر العيوب الحادثة بعد العقد يثبت بها الخيار فإن الخيار هاهنا إنما يثبت بالجب الحادث ولولاه لم يثبت الفسخ؛ لأننا لم نتيقن عنته والجب حادث فلما ثبت الفسخ به علم أنه إنما استحق بالعيب الحادث، وفي بعض النسخ قبل الدخول ومعناهما واحد ويحتمل أنه إنما استحق الفسخ هاهنا بالجب الحادث؛ لأنه متضمن مقصود العنة في العجز عن الوطء ومحقق للمعنى الذي ادعته المرأة بخلاف غيره من العيوب.

مسألة: **(وإن كانت ثيباً وادعى أنه يصل إليها أُخلي معها في بيت وقيل له: أخرج ماءك على شيء فإن ادعت أنه ليس بمني جُعل على النار فإن ذاب**

---

(١) في الأصل: يطأ. وما أثبتناه من المغني ٧: ٦١٥.

فهو مني وبطل قولها ، وقد رُوي عن أبي عبدا لله رحمه ا لله رواية أخرى : أن القول قوله مع يمينه) .

اختلفت الرواية عن أبي عبدا لله في هذه المسألة فحكى الخرقي فيها روايتين :

إحداهما : أنه يخلى معها ويقال له : أخرج ماءك على شيء فإن أخرجه فالقول قوله ؛ لأن العنين يضعف عن الإنزال فإذا أنزل تبينا صدقه فنحكم به وهذا مذهب عطاء ، وإن ادعت أنه ليس بمني جعل على النار فإن ذاب فهو مني ؛ لأنه يشبّه بياض البيض وذاك إذا وضع على النار تجمع وييس وهذا يذوب فيتميز بذلك أحدهما من الآخر فيختبر به .

فعلى هذا متى عجز عن إخراج مائه فالقول قول المرأة ؛ لأن الظاهر معها .

والرواية الثانية : قول الرجل مع يمينه وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ؛ لأن هذا مما تتعذر إقامة البينة عليه وجنبته أقوى فإن دعواه سلامة العقد وسلامة نفسه من العيوب والأصل السلامة فكان القول قوله كالمنكر في سائر الدعاوي وعليه اليمين على صحة ما قال ؛ لأن قوله محتمل للكذب فقوينا قوله بيمينه كما في سائر الدعاوي الذي يستحلف فيها فإن نكل قضي عليه بنكوله ، ويدل على وجوب اليمين عليه قول النبي ﷺ : «ولكن اليمين على المدعى عليه»[1] .

قال القاضي : ويتخرج أن لا يستحلف بناء على إنكاره دعوى الطلاق فإن فيها روايتين كذا هاهنا ، والصحيح ما قال الخرقي لدلالة الخبر والمعنى عليه ، وروي عن أحمد رواية ثالثة أن القول قول المرأة مع يمينها حكاها القاضي في المجرد ؛ لأن الأصل عدم الإصابة فكان القول قولها لأن قولها موافق للأصل واليقين معها ، وفي كل موضع حكمنا بوطئه بطل حكم عنته فإن كان في ابتداء الأمر لم تضرب له مدة وإن كان بعد ضرب المدة انقطعت وإن كان بعد انقضائها لم يثبت لها خيار ، وكل موضع حكمنا بعدم الوطء منه ثبت حكم عنته كما لو أقر بها ، والصحيح أن القول قوله كما لو ادعى الوطء في الإيلاء واعتبار واعتبار خروج

(١) سبق تخريجه ص: ٤٦٦.

الماء ضعيف ؛ لأنه قد يطأ ولا ينزل وقد ينزل بغير وطء فإن ضعف الذكر لا يمنع سلامة الظهر ونزول الماء وقد يعجز السليم القادر عن الوطء في بعض الأحوال ، وليس كل من عجز عن الوطء في حال من الأحوال أو وقت من الأوقات يكون عنيناً ، ولذلك جعلنا مدته سنة .

مسألة : **(وإذا قال الخنثى المشكل : أنا رجل لم يمنع من نكاح النساء ولم يكن له أن ينكح بغير ذلك بعد وكذلك لو سبق فقال : أنا امرأة لم ينكح إلا رجلاً)** .

الخنثى هو الذي في قبله فرجان ذكر رجل وفرج امرأة ولا يخلو من أن يكون ذكراً أو أنثى ، قال الله : ﴿وأنه خلق الزوجين الذكر والأنثى﴾ [النجم: ٤٥] وقال : ﴿وبث منهما رجالاً كثيراً ونساء﴾ [النساء: ١] فليس ثم خلق ثالث ، ولا يخلوا الخنثى من أن يكون مشكلاً أو غير مشكل فإن لم يكن مشكلاً بأن تظهر فيه علامات الرجال فهو رجل له أحكام الرجال أو تظهر فيه علامات النساء فهو امرأة له أحكامهن ، وإن كان مشكلاً فلم تظهر فيه علامات الرجال ولا النساء فاختلف أصحابنا في نكاحه فذكر الخرقي أنه يرجع إلى قوله فإن ذكر أنه رجل وأنه يميل طبعه إلى نكاح النساء فله نكاحهن ، وإن ذكر أنه امرأة يميل طبعه إلى الرجال زوج رجلاً ؛ لأنه معنى لا يتوصل إليه إلا من جهته وليس فيه إيجاب حق على غيره فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة في حيضها وعدتها ، وقد يعرف نفسه بميل طبعه إلى أحد الصنفين وشهوته له فإن الله أجرى العادة في الحيوانات بميل الذكر إلى الأنثى وميلها إليه وهذا الميل أمر في النفس والشهوة لا يطلع عليه غيره وقد تعذرت علينا معرفة علاماته الظاهرة فرجع فيه إلى الأمور الباطنة فيما يختص هو بحكمه .

وأما الميراث والدية فإن أقر على نفسه بما يقلل ميراثه أو ديته قبل منه ، وإن ادعى ما يزيد ذلك لم يقبل ؛ لأنه متهم فيه فلا يقبل قوله على غيره ، وما كان من عباداته وسترته وغير ذلك فينبغي أن يقبل قوله فيه ؛ لأنه حكم بينه وبين الله تعالى .

قال القاضي: ويقبل قوله في الإمامة وولاية النكاح وما لا يثبت حقاً على غيره، وإذا زوج امرأة أو رجلاً ثم عاد فقال خلاف قوله الأول لم يقبل قوله في التزويج بغير الجنس الذي زوجه أولاً؛ لأنه مكذب لنفسه ومدع ما يوجب الجمع بين تزويج الرجال والنساء لكن أن تزوج امرأة ثم قال: أنا امرأة انفسخ نكاحه لإقراره ببطلانه ولا يقبل قوله في سقوط المهر عنه، وإن تزوج رجلاً وقال: أنا رجل لم يقبل قوله في فسخ نكاحه؛ لأن الحق عليه وهذا قول الشافعي.

وقال أبو بكر: لا يجوز أن يتزوج حتى يتبين أمره وذكره نصاً عن أحمد في رواية الميموني وهذا الذي ذكره أبو إسحاق مذهباً للشافعي وذلك لأنه لم يتحقق وجود ما يبيح له النكاح فلم يبح له كما لو اشتبهت عليه أخته بنسوة وكما لو لم يقل: إني رجل ولا امرأة.

ولأن قوله لا يرجع إليه في شيء من أحكامه من الميراث والدية وغيرهما فكذلك في نكاحه.

ولأنه لا يعرف نفسه كما لا يعرفه غيره.

ولأنه قد اشتبه المباح بالمحظور في حقه فحرم كما ذكرناه.

مسألة: (**وإذا أصاب الرجل أو أصيب المرأة بعد الحرية والبلوغ بنكاح صحيح وليس واحد منهما بزائل العقل رُجما إذا زنيا، والكافر والمسلم الحران فيما وصفت سواء**).

ذكر الخرقي في هذا الباب شرائط الإحصان ونحن نؤخره إلى الحدود فإنه أخص به. والله أعلم.

كتاب الصداق

الأصل في مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب ؛ فقول الله تعالى : ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين﴾ [النساء:٢٤] ، وقال [تعالى] : ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نِحلة﴾ [النساء:٤] .

قال أبو عبيد : يعني : عن طيب نفس بالفريضة التي فرض الله .

وقيل : النحلة الهبة . والصداق في معناها ؛ لأن كل واحد من الزوجين يستمتع بصاحبه . وجُعل الصداق للمرأة ، فكأنه عطية بغير عوض .

وقيل : نحلة من الله للنساء .

وقال تعالى : ﴿فآتوهن أجورهن فريضة﴾ [النساء:٢٤] .

وأما السنة ؛ فما روى أنس «أن رسول الله ﷺ رأى على عبدالرحمن بن عوف أثر صفرة فقال : ما هذا؟ قال : تزوجتُ امرأة . فقال : ما أصدقتها؟ قال : وزن نواةٍ من ذهب قال : بارك الله لك أولم ولو بشاة»[1] رواه الجماعة . ولم يذكر فيه أبو داود : «بارك الله لك» .

وأجمع المسلمون على مشروعية الصداق في النكاح .

وللصداق[2] تسعة أسماء : الصداق ، والصدقة ، والمهر ، والنِّحلة ، والفريضة ، والأجر ، والعلائق ، والعقر ، والحباء .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٧٢٢) ٣: ١٤٣٢ كتاب فضائل الصحابة، باب كيف آخى النبي ﷺ بين أصحابه.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٢٧) ٢: ١٠٤٢ كتاب النكاح ، باب الصداق...
وأخرجه أبو داود في سننه (٢١٠٩) ٢: ٢٣٥ كتاب النكاح، باب قلة المهر.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٩٣٣) ٤: ٣٢٨ كتاب البر والصلة، باب ما جاء في مواساة الأخ.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٣٧٢) ٦: ١٢٨ كتاب النكاح، دعاء من لم يشهد التزويج.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٠٧) ١: ٦١٥ كتاب النكاح، باب الوليمة.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٢٥٦٤) طبعة إحياء التراث.

(٢) في الأصل: وللنكاح. وما أثبتناه من المغني ٨: ٣.

وعن النبي ﷺ أنه قال: «أدوا العلائِق. قالوا: يا رسول الله! وما العلائق؟ قال: ما تراضَى به الأهلون»[1].

وقال عمر: «لها عُقْرُ نِسائها».

ويقال: أصدقت المرأة ومهرتها ولا يقال: أمهرتها.

فصل

ويستحب أن لا يعرى النكاح عن تسمية الصداق؛ لأن النبي ﷺ كان يزوج بناته وغيرهن ويتزوج فلم يكن يخلي ذلك من صداق.

ولأنه أقطع للنزاع والخلاف فيه وليس ذكره شرطاً بدليل قوله تعالى: ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تَمسوهن أو تَفرضوا لهن فريضة﴾ [البقرة: ٢٣٦].

وروي أن رسول الله ﷺ زوج رجلاً امرأة ولم يسم لها مهراً.

مسألة: قال أبو القاسم رحمه الله: (**وإذا كانت المرأة بالغة رشيدة أو صغيرة عقد عليها أبوها فأي صداق اتفقوا عليه فهو جائز إذا كان شيئاً له نصف يحصل**).

هذه المسألة تشتمل على ثلاثة أحكام:

الأول: أن الصداق غير مقدر لا أقله ولا أكثره بل كل ما كان مالاً جاز أن يكون صداقاً، وبهذا قال الحسن والشافعي، وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين وقال: لو أصدقها سوطاً لحلت؛ لما روى سهل بن سعد «أن النبي ﷺ جاءته امرأة فقالت: يا رسول الله إني قد وهبت نفسي لك. فقامت قياماً طويلاً. فقام رجل فقال: يا رسول الله! زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة. فقال رسول الله ﷺ: هل عندك شيء تصدقها إياه؟ فقال: ما عندي إلا إزاري هذا. فقال النبي عليه السلام: إن أعطيتها إزارك جلست لا إزار لك. فالتمس

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (١٠) ٣: ٢٤٤ كتاب النكاح، باب المهر.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٢٣٩ كتاب الصداق، باب ما يجوز أن يكون مهراً.
وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٦١٩) ١: ١٧٠ باب ما جاء في الصداق.

شيئًا . فقال : ما أجد شيئاً . فقال : التمس ولو خاتمًا من حديد . فالتمس فلم يجد شيئًا . فقال له النبي ﷺ : هل معك من القرآن شيء؟ قال : نعم سورة كذا وسورة كذا لسور يسميها ، فقال له النبي ﷺ : قد زوجتكها بما معك من القرآن »[1] . متفق عليه .

وعن عامر بن ربيعة « أن امرأة من بني فزارة تزوجت على نعلين . فقال رسول الله ﷺ : أرضيتِ من مالك ونفسك بنعلين؟ قالت : نعم . قال : فأجازه »[2] . رواه أحمد وابن ماجة والترمذي وصححه .

وعن جابر أن رسول الله ﷺ قال : « لو أن رجلاً أعطى امرأة صداقًا ملء يديه طعامًا كانت له حلالاً »[3] . رواه أحمد وأبو داود بمعناه .

ولأن قول الله عز وجل : ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم﴾ [النساء: ٢٤] : يدخل فيه القليل والكثير .

ولأنه بدل منفعتها . فجاز ما تراضيا عليه من المال ؛ كالأجرة .

الحكم الثاني : أن الصداق ما اتفقوا عليه ورضوا به لقوله تعالى : ﴿ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة﴾ [النساء: ٢٤] .

وقال عليه السلام : « العلائق ما تراضى عليه الأهلون »[4] .

ولأنه عقد معاوضة فيعتبر رضى المتعاقدين به كسائر عقود المعاوضات فإن كان الولي أباً فمهما اتفق هو والزوج عليه جاز أن يكون صداقاً قليلاً كان أو كثيراً ، بكراً كانت أو ثيباً ، صغيرة كانت أو كبيرة ، على ما أسلفناه فيما مضى ولذلك زوّج شعيب موسى عليهما السلام ابنته وجعلا الصداق إجارة ثماني حجج

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٤٢) ٥: ١٩٧٣ كتاب النكاح، باب السلطان ولي.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٢٥) ٢: ١٠٤٠ كتاب النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن...

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١١١٣) ٣: ٤٢٠ كتاب النكاح، باب ما جاء في مهور النساء.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٨٨) ١: ٦٠٨ كتاب النكاح، باب صداق النساء. بلفظ: «أن رجلاً من بني فزارة تزوج على نعلين. فأجاز النبي ﷺ نكاحه».
وأخرجه أحمد في مسنده (١٥٢٥٢) طبعة إحياء التراث.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢١١٠) ٢: ٢٣٦ كتاب النكاح، باب قلة المهر.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٤٨٦٦) ٣: ٣٥٥.

(٤) سبق تخريجه ص: ٤٨٣.

من غير مراجعة الزوجة ، وإن كان الولي غير الأب اعتبر رضى المرأة والزوج جميعاً ؛ لأن الصداق لها وهو عوض منفعتها أشبه أجر دارها وصداق أمتها فإن لم يستأذنها الولي في الصداق فحكمه حكم الوكيل المطلق في البيع إن جعل الصداق مهر المثل فما زاد صح ولزم ، وإن نقص عنه فلها مهر المثل .

الحكم الثالث : أن الصداق لا يكون إلا مالاً ؛ لقول الله تعالى : ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ [النساء:٢٤] ويشترط أن يكون له نصف يتمول عادة بحيث إذا طلقها قبل الدخول بقي لها من النصف مال حلال وهذا معنى قول الخرقي : له نصف يحصل ، وما لا يجوز أن يكون ثمناً في البيع كالمحرم والمعدوم والمجهول وما لا منفعة فيه ، وما لم يتم ملكه عليه كالمبيع من المكيل والموزون قبل قبضه ، وما لا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء والسمك في الماء ، وما لا يتمول عادة كحبة حنطة وقشر جوزة لا يجوز أن يكون صداقاً ؛ لأنه نقل للملك فيه بعوض فلم يجز فيه ما ذكرنا كالبيع ، ويعتبر أن يكون نصفه مما يتمول عادة ويبذل العوض في مثله عرفاً ؛ لأن الطلاق يعرض فيه قبل الدخول فلا يبقى للمرأة إلا نصفه فيجب أن يكون لها مال تنتفع به وتعتبر نصف القيمة لا نصف عين الصداق فإنه لو أصدقها عبداً جاز وإن لم تمكن قسمته .

مسألة : **(وإذا أصدقها عبداً بعينه فوجدتْ به عيباً فردته فلها عليه قيمته)** .

أما إذا كان الصداق معيناً فوجدت به عيباً فلها رده كالمبيع المعيب ، ولا نعلم في هذا خلافاً إذا كان العيب كثيراً وكذلك إن كان يسيراً عندنا ؛ لأنه عيب يرد به المبيع فرد به الصداق كالكثير وإذا رد به فلها قيمته ؛ لأن العقد لا ينفسخ برده فيبقى سبب استحقاقه فيجب عليه قيمته كما لو غصبها إياه فأتلفه ، وإن كان الصداق مثلياً كالمكيل والموزون فردته فلها عليه مثله ؛ لأنه أقرب إليه ، وإن اختارت إمساك المعيب وأخذ أرشه فلها ذلك في قياس المذهب ، وإن حدث به عيب عندها ثم وجدت به عيباً خيرت بين أخذ أرشه وبين رده ورد أرش عيبه ؛ لأنه عوض في عقد معاوضة فيثبت فيه ذلك كالبيع ، وسائر فروع الرد بالعيب فيثبت فيها هاهنا مثل ما يثبت في البيع لما ذكرنا .

مسألة : (**وكذلك إذا [تزوجها على عبد فخرج]**[1] **حراً أو استحق سواء سلمه إليها أو لم يسلمه**) .

أما إذا سمى لها عبداً معيناً فبان حراً أو مغصوباً فلها قيمته إن جهلت حريته أو غصبه ، وبهذا قال أبو يوسف والشافعي في القديم ؛ لأن العقد وقع على التسمية فكانت لها قيمته كالمغصوب .

ولأنها رضيت بقيمته إذ ظنته مملوكاً فكانت لها قيمته كما لو وجدته معيباً فردته وقول الخرقي : سواء سلمه إليها أو لم يسلمه يعني : أن تسليمه لا يفيد شيئاً ؛ لأنه سلم ما لا يجوز تسليمه ولا تثبت اليد عليه فكان وجوده كعدمه .

مسألة : (**وإذا تزوجها على أن يشتري لها عبداً بعينه فلم يبع أو طلب به أكثر من قيمته أو لم يقدر عليه فلها قيمته**) .

نص أحمد على هذا ؛ لأنه أصدقها تحصيل عبد معين فصح ، كما لو تزوجها على رد عبدها الآبق من مكان معلوم .

إذا ثبت هذا فإن قدر عليه بثمن مثله لزمه تحصيله ودفعه إليها ، وإن جاءها بقيمته لم يلزمها قبولها ؛ لأنه قدر على دفع صداقها إليها فلزمه كما لو أصدقها عبداً يملكه ، وإن لم يبعه سيده أو تعذر عليه الوصول إليه لتلفه أو غير ذلك ، أو طلب به أكثر من قيمته فلها قيمته ؛ لأنه تعذر الوصول إلى قبض المسمى المتقوم فوجبت قيمته كما لو تلف ، وإن كان الذي جعل لها مثلياً فتعذر شراؤه وجب لها مثله ؛ لأن المثل أقرب إليه .

مسألة : (**وإذا تزوجها على خمر أو خنزير أو ما أشبهه من المحرم وهما مسلمان ثبت النكاح ، وكان لها مهر المثل أو نصفه إن كان طلقها قبل الدخول**) .

هذه المسألة تشتمل على ثلاثة أحكام :

---

(١) في الأصل: وكذلك إذا خرج. وما أثبتناه من المغني ٨: ١٥.

الأول : أنه إذا سمى في النكاح صداقاً محرماً كالخمر والخنزير فالتسمية فاسدة والنكاح صحيح نص عليه ، وبه قال عامة الفقهاء منهم الأوزاعي وأبو حنيفة والشافعي . وقال أبو بكر الخلال : النكاح فاسد قال : لأن أحمد قال في رواية المروذي : إذا تزوج على مال غير طيب فكرهه ، فقلت : ترى استقبال النكاح فأعجبه ؛ لأنه نكاح جعل الصداق فيه محرماً فأشبه نكاح الشغار والأول المذهب ؛ لأنه نكاح لو كان عوضه صحيحاً كان صحيحاً فوجب أن يكون صحيحاً وإن كان عوضه فاسداً كما لو كان مغصوباً أو مجهولاً .

ولأنه عقد لا يفسد بجهالة العوض فلا يفسد بتحريمه كالخلع .

ولأن فساد العوض لا يزيد على عدمه ولو عدم كان العقد صحيحاً فكذلك إذا فسد ، وكلام أحمد في رواية المروذي محمول على الاستحباب فإن مسألة المروذي في المال الذي ليس بطيب وذلك لا يفسد العقد بتسميته فيه اتفاقاً .

وقول الخرقي : وهما مسلمان احتراز من الكافرين إذا عقد النكاح بمحرم فإن هذه قد مر تفصيلها .

الحكم الثاني : أنه يجب مهر المثل وهو قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة ومالك والشافعي وذلك لأن فساد العوض يقتضي رد المعوض وقد تعذر رده لصحة النكاح فيجب رد قيمته وهو مهر المثل كمن اشترى شيئاً بثمن فاسد فقبض المبيع وتلف في يده فإنه يجب عليه رد قيمته فإن دخل بها استقر مهر المثل في قولهم جميعاً ، وإن مات أحدهما فكذلك ؛ لأن الموت يقوم مقام الدخول في تكميل الصداق وتقريره . وقال أبو الخطاب : فيه رواية أخرى لا يستقر بالموت إلا أن يكون فرضه لها ، وإن طلق قبل الدخول فلها نصف مهر المثل ، وبهذا قال الشافعي . وذكر القاضي في الجامع أنه لا فرق بين من لم يسم لها صداقاً وبين من سمى لها محرماً كالخمر أو مجهولاً كالثوب وفي الجميع روايتان :

إحداهما : لها المتعة إذا طلقها قبل الدخول ؛ لأن ارتفاع العقد يوجب رفع ما أوجبه من العوض كالبيع لكن تركناه في نصف المسمى لتراضيهما عليه فكان ما تراضيا عليه أولى ففي مهر المثل يبقى على الأصل في أنه يرتفع وتجب المتعة .

والرواية الثانية : أن لها نصف مهر المثل ؛ لأن ما أوجبه عقد النكاح يتنصف بالطلاق قبل الدخول ومهر المثل قد أوجبه العقد فيتنصف به كالمسمى ، والخرقي فرق بينهما فأوجب في التسمية الفاسدة نصف مهر المثل وفي المفوضة المتعة وهو مذهب الشافعي ؛ لأن المفوضة رضيت بلا عوض وعاد إليها بضعها سليماً وإيجاب نصف المهر لها لا وجه له ؛ لأن الله تعالى أوجب لها المتعة ففي إيجاب نصف المهر جمع بينهما أو إسقاط للمتعة المنصوص عليها وكلاهما فاسد ، وأما الذي اشترطت لنفسها مهراً فلم ترض إلا بعوض و لم يحصل لها العوض الذي اشترطته فوجب لها بدل ما فات عليها من العوض وهو مهر المثل أو نصفه إن كان قبل الدخول .

ولأن الأصل وجوب مهر المثل ؛ لأنه وجب بالعقد بدليل أنه يستقر بالدخول والموت وإنما خولف هذا في المفوضة بالنص الوارد فيها ففيما عداها يبقى على الأصل .

الحكم الثالث : أنه إذا سمى لها تسمية فاسدة وجب مهر المثل بالغاً ما بلغ وبه قال الشافعي وزفر . وقال أبو حنيفة وصاحباه : يجب الأقل من المسمى أو مهر المثل ؛ لأن البضع لا يقوم إلا بالعقد بدليل أنه يستقر بالدخول فإذا رضيت بأقل من مهر مثلها لم يقوم بأكثر مما رضيت به ؛ لأنها رضيت بإسقاط الزيادة . وحجتنا أن ما يضمن بالعقد الفاسد اعتبرت قيمته بالغاً ما بلغ كالمبيع وما ذكروه غير مسلم ثم لا يصح عندهم فإنه لو وطئها وجب مهر المثل ولو لم تكن له قيمة لم يجب . فإن قيل : إنما وجب لحق الله تعالى قلنا : لو كان كذلك لوجب أقل المهر و لم يجب مهر المثل .

مسألة : **(وإذا تزوَّجها على ألف لها وألف لأبيها كان ذلك جائزاً فإن طلَّقها قبل الدخول رجع عليها بنصف الألفين ولم يكن على الأب رد شيء مما أخذ)** .

أما الأب فيجوز أن يشترط شيئاً من صداق ابنته لنفسه ، وبهذا قال إسحاق ، وقد روي عن مسروق أنه لما زوج ابنته اشترط لنفسه عشرة آلاف فجعلها في الحج والمساكين ثم قال للزوج : جهز امرأتك ، وروي عن عليَّ بن

الحسين نحو ذلك . والأصل فيه قول الله تعالى في قصة شعيب عليه السلام : ﴿إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج﴾ [القصص:٢٧] فجعل الصداق الإجارة على رعاية غنمه وهو شرط لنفسه .

ولأن للوالد الأخذ من مال ولده بدليل قوله عليه السلام : «أنت ومالك لأبيك»[١] رواه ابن ماجة من حديث جابر .

وعن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : «إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم»[٢] رواه الخمسة .

وفي لفظ : «ولد الرجل من كسبه فكلوا من أموالكم هنيئاً»[٣] رواه أحمد .

فإذا شرط لنفسه شيئاً من الصداق يكون ذلك أخذاً من مال ابنته وله ذلك .

قال القاضي : ولو شرط جميع الصداق لنفسه صح بدليل قصة شعيب فإنه شرط الجميع لنفسه ، وإذا تزوجها على ألف لها وألف لأبيها فطلقت قبل الدخول رجع الزوج في الألف الذي قبضته و لم يكن على الأب شيء مما أخذ ؛ لأن الطلاق قبل الدخول يوجب تنصيف الصداق والألفان جميع صداقها فرجع عليها بنصفهما وهو ألف و لم يكن على الأب شيء ؛ لأنه أخذ من مال ابنته ألفاً فلا يجوز الرجوع عليه بها ، وهذا فيما إذا كان قد قبضها الألفين ولو طلقها قبل قبضهما سقط عن الزوج ألف وبقي عليه ألف للزوجة يأخذ الأب منها ما شاء .

قال القاضي : يكون بينهما نصفين ، وقال : نقله مهنا عن أحمد ؛ لأنه شرط لنفسه النصف ، و لم يحصل من الصداق إلا النصف ، وليس هذا القول على سبيل الإيجاب ، فإن للأب أن يأخذ ما شاء ويترك ما شاء وإذا ملك أن يأخذ من غير شرط فكذلك إذا شرط .

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٩١) ٢: ٧٦٩ كتاب التجارات، باب ماللرجل من مال ولده.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٢٩) ٣: ٢٨٩ كتاب البيوع، باب في الرجل يأكل من مال ولده .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٥٨) ٣: ٦٣٩ كتاب الأحكام ، باب ما جاء أن الوالد يأخذ من مال ولده .
وأخرجه النسائي في سننه (٤٤٥٠) ٧: ٢٤١ كتاب البيوع، باب الحث على الكسب.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٩٠) ٢: ٧٦٨ كتاب التجارات ، باب ما للرجل من مال ولده.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٤٧٦٨) طبعة إحياء التراث.

(٣) وأخرجه أحمد في مسنده (٢٤٤٣٠) طبعة إحياء التراث.

مسألة : (**وإذا أصدقها عبداً صغيراً فكبر ثم طلقها قبل الدخول ، فإن شاءت دفعت إليه نصف قيمته يوم وقع عليه العقد أو تدفع إليه نصفه زائداً إلا أن يكون يصلح صغيراً لما لا يصلح له كبيراً فيكون له عليها نصف قيمته يوم وقع عليه العقد إلا أن يشاء أخذ ما بذلته له من نصفه**) .

في هذه المسألة أحكام :

الأول : أن المرأة تملك الصداق بالعقد وهذا قول عامة أهل العلم . وعن أحمد أنها لا تملك إلا نصفه . وقال ابن عبد البر : هذا موضع اختلف فيه السلف والآثار . وأما الفقهاء اليوم فعلى أنها تملكه وقول النبي ﷺ : «إن أعطيتها إزارك جلست ولا إزار لك»[1] دليل على أن الصداق كله للمرأة لا يبقى للرجل منه شيء .

ولأنه عقد يملك به المعوض بالعقد ، فملك فيه العوض كاملاً كالبيع ، وسقوط نصفه بالطلاق لا يمنع وجوب جميعه بالعقد ، ألا ترى أنها لو ارتدت سقط جميعه وإن كانت قد ملكت نصفه .

إذا ثبت هذا فإن نماءه وزيادته لها ، سواء قبضته أو لم تقبضه ، متصلاً كان أو منفصلاً ، فإن كان مالاً زكاتياً فحال عليه الحول فزكاته عليها نص عليه أحمد وإن نقص بعد قبضها له أو تلف فهو من ضمانها ولو زكته ثم طلقت قبل الدخول كان ضمان الزكاة كله عليها وأما قبل القبض فهو من ضمان الزوج إن كان مكيلاً أو موزوناً وأما غيرهما فإن منعها منه ولم يمكنها من قبضه فهو من ضمانه ؛ لأنه بمنزلة الغاصب وإن لم يحل بينه وبينها فهل يكون من ضمانها أو من ضمانه ؟ على وجهين بناء على المبيع وقد ذكرنا حكمه في بابه .

الحكم الثاني : أن الصداق يتنصف بالطلاق قبل الدخول ؛ لقول الله : ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة:٢٣٧] وليس في هذا خلاف . وقياس المذهب أن نصف الصداق يدخل في

(١) سبق تخريجه ص: ٤٨٤.

ملك الزوج حكماً لا يفتقر إلا إرادته واختياره فما يحدث من النماء يكون بينهما وهو قول زفر وذكر القاضي احتمالاً آخر أنه لا يدخل في ملكه حتى يختاره كالشفيع وهو قول أبي حنيفة وللشافعي قولان كالوجهين ، ووجه الأول وهو أصح قول الله تعالى : ﴿فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة :٢٣٧] أي لكم أو لهن فاقتضى ذلك أن النصف لها والنصف له بمجرد الطلاق .

ولأن الطلاق سبب يملك به بغير عوض فلم يقف الملك على إرادته واختياره كالإرث .

ولأنه سبب لنقل الملك فنقل الملك بمجرده كالبيع وسائر الأسباب ولا تلزم الشفعة فإن سبب الملك فيها الأخذ بها ومتى أخذ بها ثبت الملك من غير إرادة واختيار وقبل الأخذ ما وجد السبب وإنما استحق مباشرة سبب الملك ومباشرة الأسباب موقوفة على اختياره كما أن الطلاق مفوض إلى اختياره فالأخذ بالشفعة نظير الطلاق وثبوت الملك للآخذ بالشفعة نظير ثبوت الملك للمطلق فإن ثبوت الملك حكم لهما وثبوت أحكام الأسباب بعد مباشرتها لا تقف على اختياره ولا إرادته فإن نقص الصداق في يد المرأة بعد الطلاق فإن كان قد طالبها به فمنعته فعليها الضمان ؛ لأنها غاصبة وإن تلف قبل مطالبته فقياس المذهب أنه لا ضمان عليها ؛ لأنه حصل في يدها بغير فعلها ولا عدوان من جهتها فلم تضمنه كالوديعة وإن اختلفا في مطالبته لها فالقول قولها ؛ لأنها منكرة وإن ادعى أن التلف أو النقص كان قبل الطلاق وقالت بعده فالقول أيضاً قولها ؛ لأنه يدعي ما يوجب الضمان عليها وهي منكرة والقول قول المنكر .

الحكم الثالث : أن الصداق إذا زاد بعد العقد لم يخل من أن تكون الزيادة غير متميزة كعبد يكبر أو يتعلم صناعة أو يسمن أو متميزة كالولد والكسب والثمرة فإن كانت متميزة فالزيادة لها ويرجع بنصف الأصل ، وإن كانت غير متميزة فالخيرة إليها إن شاءت دفعت إليه نصف قيمته يوم العقد ؛ لأن الزيادة لها لا يلزمها بدلها ولا يمكنها دفع الأصل بدونها فصرنا إلى نصف القيمة ، وإن شاءت دفعت إليه نصفه زائداً فيلزمه قبوله ؛ لأنها دفعت إليه حقه وزيادة لا تضر ولا تتميز فإن

كانت محجوراً عليها لم يكن له الرجوع إلا في نصف القيمة ؛ لأن الزيادة لها ولا يجوز لها ولا لوليها التبرع بشيء لا يجب عليها وإن نقص الصداق بعد العقد فهو من ضمانها ولا يخلوا من أن يكون النقص متميزاً أو غير متميز فإن كان متميزاً كعبدين تلف أحدهما فإنه يرجع بنصف الباقي ونصف قيمة التالف أو بمثل نصف التالف إن كان مثلياً ، وإن لم يكن متميزاً كعبد كان شاباً فصار شيخاً فنقصت قيمته أو نسي ما كان يحسن من كتابة أو صناعة أو هزل فالخيار إلى الزوج إن شاء رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها ؛ لأن ضمان النقص عليها فلا يلزمه أخذ نصفه ؛ لأنه دون حقه ، وإن شاء رجع بنصفه ناقصاً فتجبر المرأة علي ذلك ؛ لأنه رضي أن يأخذ حقه ناقصاً ، وإن اختار أن يأخذ أرش النقص مع هذا لم يكن له هذا في ظاهر كلام الخرقي وهو قول أكثر الفقهاء . وقال القاضي : القياس أن له ذلك كالمبيع يمسكه ويطالب بالأرش وبما قلناه قال أبو حنيفة والشافعي ؛ لأنها زيادة حدثت في ملكها فلم تتنصف بالطلاق كالمتميزة ، وفارق نماء المبيع ؛ لأن سبب الفسخ العيب[1] وهو سابق على الزيادة وسبب تنصيف المهر الطلاق وهو حادث بعدها .

ولأن الزوج ثبت حقه في نصف المفروض دون العين ولهذا لو وجدها ناقصة كان له الرجوع إلى نصف مثلها أو قيمتها بخلاف المبيع المعيب والمفروض لم يكن سمينا فلم يكن له أخذه والمبيع تعلق حقه بعينه فتبعه ثمنه وإما إن نقص الصداق من وجه وزاد من وجه مثل أن يتعلم صنعة وينسى أخرى ، أو هزل وتعلم ثبت الخيار لكل واحد منهما وكان له الامتناع من العين والرجوع إلى القيمة فإن اتفقا على نصف العين جاز وإن امتنعت المرأة من ترك نصفها فلها ذلك لأجل الزيادة وإن امتنع هو من الرجوع في نصفها فله ذلك لأجل النقص ، وإذا امتنع أحدهما رجع في نصف قيمتها .

(١) في الأصل: البيع. وما أثبتناه من المغني ٨: ٣٢.

مسألة : (وإن اختلفا في الصداق بعد العقد في قدره ولا بينة على مبلغه فالقول قولها ما لم يجاوز مهر مثلها) .

أما الزوجان إذا اختلفا في قدر الصداق ولا بينة على مبلغه فالقول قول من يدعي مهر المثل منهما فإن ادعت المرأة مهر مثلها أو أقل فالقول قولها ، وإن ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر فالقول قوله وبهذا قال أبو حنيفة . وعن أحمد أن القول قول الزوج بكل حال وهذا قول الشعبي وبه قال أبو يوسف إلا أن يدعي مستنكراً وهو أن يدعي مهراً لا يتزوج بمثله في العادة ؛ لأنه منكر للزيادة ومدعى عليه فيدخل تحت قوله عليه السلام : «ولكن اليمين على المدعى عليه»[1] والأول المذهب ؛ لأن الظاهر قول من يدعي مهر المثل فكان القول قوله قياساً على المنكر في سائر الدعاوي وعلى المودع إذا ادعى التلف أو الرد .

إذا ثبت هذا فكل من قلنا القول قوله فهو مع يمينه ؛ لأنه اختلاف فيما يجوز بذله فتشرع فيه اليمين كسائر الدعاوى في الأموال ، وحكي عن القاضي أن اليمين لا تشرع في الأحوال كلها ؛ لأنها دعوى في النكاح .

فصل

فإن ادعى أقل من مهر المثل وادعت هي أكثر منه رد إلى مهر المثل و لم يذكر أصحابنا يميناً والأولى أن يتحالفا فإن ما يقوله كل واحد منهما محتمل للصحة فلا يعدل عنه إلا بيمين من صاحبه كالمنكر في سائر الدعاوى .

ولأنهما تساويا في عدم الظهور فيشرع التحالف كما لو اختلف المتبايعان وهذا قول أبي حنيفة .

مسألة : (وإن أنكر أن يكون لها عليه صداق فالقول أيضاً قولها قبل الدخول وبعده ما ادعت مهر مثلها إلا أن يأتي ببينة تشهد ببراءته منه) .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٢٧٧) ٤: ١٦٥٦ كتاب التفسير ، باب ﴿إن الذين يشترون بعهد الله...﴾.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧١١) ٣: ١٣٣٦ كتاب الأقضية ، باب اليمين على المدعى عليه .

أما الزوج إذا أنكر صداق امرأته وادعت ذلك عليه فالقول قولها فيما يوافق مهر مثلها سواء ادعى أنه وفاها أو أبرأته منه أو قال : لا تستحق علي شيئاً وسواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده ، وبه قال سعيد بن جبير وأبو حنيفة والشافعي ؛ لأن النبي ﷺ قال : « اليمين على المدعى عليه »[1] .

ولأنه ادعى تسليم الحق الذي عليه فلم يقبل بغير بينة كما لو ادعى تسليم الثمن أو كما قبل الدخول .

فصل

فإن دفع إليها ألفاً ثم اختلفا فقال : دفعتها إليك صداقاً وقالت : بل هبة فإن كان اختلافهما في نيته كأن[2] قالت : قصدت الهبة وقال : قصدت دفع الصداق فالقول قول الزوج بلا يمين ؛ لأنه أعلم بما نواه ولا تطلع المرأة على نيته وإن اختلفا في لفظه فقالت : قد قلتَ خذي هذا هبة وهدية فأنكرها ذلك فالقول قوله مع يمينه ؛ لأنها تدعي عليه عقداً على ملكه وهو ينكره كما لو ادعت بيع ملكه لها ، لكن إن كان المدفوع من غير جنس الواجب عليه كأنه أصدقها دراهم فدفع إليها عرضاً ثم اختلفا وحلف أنه دفع إليها ذلك من صداقها فللمرأة رد العوض ومطالبته بصداقها .

قال أحمد في رواية الفضل بن زياد في رجل تزوج امرأة على صداق ألف فبعث إليها بقيمته ثياباً ومتاعاً ولم يخبرهم أنه من الصداق فلما دخل سألته الصداق فقال لها : قد بعثت إليك بهذا المتاع واحتسبته من الصداق فقالت المرأة : صداقي دراهم ترد الثياب والمتاع وترجع عليه بصداقها فهذه الرواية محمولة على أنه لم تخبرهم أنه صداق فأما إذا ادعى أنها احتسبت به من الصداق وادعت هي أنه قال هي هبة فينبغي أن يحلف كل واحد منهما ويتراجعان بما لكل واحد منهما ؛ لأنهما

---

(١) سبق قريباً.

(٢) في الأصل: كأنها. وما أثبتناه من المغني ٨: ٤٣.

اختلفا في صفة انتقال ملكه إلى يدها فكان القول قول المالك كما لو قال: أودعتك هذه العين قال: بل وهبتنيها.

مسألة: **(وإذا تزوجها بغير صداق لم يكن لها عليه إذا طلقها قبل الدخول إلا المتعة)**.

أما النكاح فيصح من غير تسمية صداق في قول عامة أهل العلم وقد دل على هذا قول الله تعالى: ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة﴾ [البقرة: ٢٣٦].

ولأن القصد من النكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق فصح من غير ذكره كالنفقة وسواء تركا ذكر المهر أو شرطا نفيه مثل أن يقول: زوجتك بغير مهر فيقبله كذلك، ولو قال: زوجتك بغير مهر في الحال ولا في الثاني صح أيضاً.

إذا ثبت هذا فإن المزوجة بغير مهر تسمى مفوضة بكسر الواو وفتحها. فمن كسر أضاف الفعل إليها على أنها فاعلة؛ مثل: مُقَوِّمة، ومن فتح أضافه إلى وليها.

ومعنى التفويض: الإهمال، كأنها أهملت أمر المهر حيث لم تسمه.

والتفويض على ضربين: تفويض بضع وتفويض مهر. فأما تفويض البضع فهو الذي ذكره الخرقي وفسرناه وهو الذي ينصرف إليه إطلاق التفويض. وأما تفويض المهر فهو أن يجعلا الصداق إلى رأي أحدهما أو رأي أجنبي فيقول: زوجتك على ما شئت أو شاءت، أو على حكمك أو حكمي أو حكمها أو حكم أجنبي ونحوه فهذه لها مهر المثل في ظاهر كلام الخرقي؛ لأنها لم تزوج نفسها إلا بصداق لكنه مجهول فسقط لجهالته ووجب مهر المثل. والتفويض الصحيح أن تأذن المرأة الجائزة الأمر لوليها في تزويجها بغير مهر أو بتفويض قدره أو يزوجها أبوها كذلك، وإما إن[1] زوجها غير أبيها و لم يذكر مهراً بغير إذنها في

(١) زيادة من المغني ٨: ٤٧.

ذلك فإنه يجب مهر المثل ، فإذا طلقت المفوضة البضع قبل الدخول فليس لها إلا المتعة نص عليه أحمد في رواية جماعة روي هذا عن ابن عمر وابن عباس وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي . وعن أحمد رواية أخرى أن الواجب نصف مهر مثلها ؛ لأنه نكاح صحيح يوجب مهر المثل بعد الدخول فوجب نصفه بالطلاق قبل الدخول كما لو سمى محرماً .

ووجه الرواية الأولى وهي أصح قول الله تعالى : ﴿ومتعوهن﴾ [البقرة :٢٣٦] والأمر يقتضي الوجوب . وقال تعالى : ﴿وللمطلقات متاعٌ بالمعروف حقًا على المتقين﴾ [البقرة :٢٤١] وقال تعالى : ﴿إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدةٍ تعتدونها فمتعوهن﴾ [الأحزاب :٤٩] .

ولأنه طلاق في نكاح يقتضي عوضاً فلم يعر عن العوض كما لو سمى مهراً ، وأداء الواجب من الإحسان فلا تعارض بينهما .

فصل

وأما مفوضة المهر وهي التي يتزوجها على ما شاء أحدهما أو التي زوجها غير أبيها بغير صداق بغير إذنها أو التي مهرها فاسد فإنه يجب لها مهر المثل ويتنصف بالطلاق قبل الدخول ، ولا متعة لها هذا ظاهر كلام الخرقي وقد صرح به في التي مهرها فاسد وهو مذهب الشافعي ، وعن أحمد أن لها المتعة دون نصف المهر كالمفوضة البضع وبه قال أبو حنيفة ؛ لأنه خلا عقدها عن تسمية صحيحة فأشبهت التي لم يسم لها شيء والأول المذهب ؛ لأن هذه لها مهر واجب قبل الطلاق فوجب أن يتنصف كما لو سماه أو نقول لم ترض بغير صداق فلم تجب المتعة كالمسمى لها ، ويفارق التي رضيت بغير عوض فإنها رضيت بغير صداق وعاد بضعها سليماً فعوضت المتعة بخلاف مسألتنا .

مسألة : (**على الموسِع قدره ، وعلى المُقْتِر قدره . فأعلاه خادم ، وأدناه كسوة يجوز لها أن تصلي فيها ، إلا أن يشاء هو أن يزيدها أو تشاء هي أن تنقصه**) .

أما المتعة فمعتبرة بحال الزوج وأنها تختلف .

إذا ثبت هذا فاختلفت الرواية عن أحمد فيها فروي عنه مثل قول الخرقي في أعلاها خادم هذا إذا كان موسراً ، وإن كان معسراً متعها كسوتها درعاً وخماراً وثوباً تصلي فيه ونحو ذلك . قال ابن عباس والزهري والحسن : أعلى المتعة الخادم ثم دون ذلك النفقة ثم دون ذلك الكسوة وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والرواية الثانية : يرجع في تقديرها إلى الحاكم وهو أحد قولي الشافعي ؛ لأنه أمر لم يرد الشرع بتقديره وهو مما يحتاج إلى الاجتهاد فيجب الرجوع فيه إلى الحاكم كسائر المجتهدات ، وذكر القاضي في المجرد رواية ثالثة أنها مقدرة بما يصادف نصف مهر المثل ؛ لأنها بدل عنه فيجب أن تتقدر به ، وهذه الرواية ضعيفة لوجهين :

أحدهما : أن نص الكتاب يقتضي تقديرها بحال الزوج وتقديرها بنصف المهر يوجب اعتبارها بحال المرأة ؛ لأن مهرها معتبر بها لا بزوجها .

الثاني : أنا لو قدرناها بنصف المهر لكانت نصف المهر إذ ليس المهر معيناً في شيء ولا المتعة . ووجه قول الخرقي وهو أصح قول ابن عباس : أعلى المتعة الخادم ثم دون ذلك الكسوة ، رواه أبو حفص بإسناده وقدرها بكسوة تجوز لها الصلاة فيها ؛ لأن الكسوة الواجبة بمطلق الشرع تتقدر بذلك كالكسوة في الكفارة والسترة في الصلاة وهذا فيما إذا تشاحا في قدرها فإن سمح لها بزيادة على الخادم أو رضيت بأقل من الكسوة جاز ؛ لأن الحق لهما لا يخرج عنهما وهو مما يجوز بذله فجاز ما اتفقا عليه كالصداق وقد روي عن الحسن بن علي أنه متع امرأة بعشرة آلاف درهم فقالت : متاع قليل من محب مفارق .

مسألة : **(ولو طالبته قبل الدخول أن يفرض لها أجبر على ذلك فإن فرض لها مهر مثلها لم يكن لها غيره وكذلك إن فرض لها أقل منه فرضيته)** .

أما المفوضة فلها المطالبة بفرض مهر المثل ؛ لأن النكاح لا يخلوا من المهر فوجبت لها المطالبة ببيان قدره وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً فإن اتفق الزوجان على فرضه جاز ما فرضاه قليلاً كان أو كثيراً سواء كانا عالمين بمهر المثل

أو غير عالمين به ؛ لأنه إذا فرض لها كثيراً فقد بذل لها من ماله فوق ما يلزمه وإن رضيت باليسير فقد رضيت بدون ما يجب لها وإما إن تشاحا فيه ففرض لها مهر مثلها أو أكثر منه فليس لها المطالبة بسواه فإن لم ترض به لم يستقر لها حتى ترضاه فإن طلقها قبل الدخول فليس لها إلا المتعة ؛ لأنه لا يثبت لها بفرضه ما لم ترض به كحالة الابتداء وإن فرض لها أقل من مهر المثل فلها المطالبة بتمامه ولا يثبت لها ما لم ترض به فإن تشاحا وارتفعا إلى الحاكم فليس له أن يفرض لها إلا مهر المثل ؛ لأن الزيادة ميل عليه والنقصان ميل عليها والعدل المثل .

ولأنه إنما يفرض بدل البضع فيقدر به كالسلعة إذا تلفت فرجعا في تقويمها إلى أهل الخبرة ، ويعتبر معرفة مهر المثل ليتوصل إلى إمكان فرضه ومتى صح الفرض صار كالمسمى في العقد في أنه يتنصف بالطلاق ولا تجب المتعة معه وإذا فرضه الحاكم لزم ما فرضه سواء رضيته أو لم ترضه كما يلزم ما حكم به .

مسألة : **(ولو مات أحدهما قبل الإصابة وقبل الفرض ورثه صاحبُه ، وكان لها مهرُ نسائها)** .

أما الميراث فلا خلاف فيه فإن الله فرض لكل واحد من الزوجين فرضاً وعقد الزوجية هاهنا صحيح ثابت فيورث به لدخوله في عموم النص ، وأما الصداق فإنه يكمل لها مهر نسائها في الصحيح من المذهب وإليه ذهب ابن مسعود ، وعن أحمد لا يكمل ويتنصف وللشافعي قولان كالروايتين .

والمذهب الأول ؛ لما روى علقمة «أن ابن مسعود سئل عن امرأة تزوجها رجل ثم مات عنها و لم يفرض لها صداقًا و لم يكن دخل بها . قال : فاختلفوا إليه فقال : لها مهر نسائها ولها الميراث وعليها العدة . فشهد معقل بن سنان الأشجعي أن النبيَ ﷺ قضى في بِرْوع بنت واشق بمثل ما قضى»[1] رواه الخمسة وصححه الترمذي .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢١١٤) ٢: ٢٣٧ كتاب النكاح، باب فيمن تزوج و لم يسم صداقًا حتى مات.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٤٥) ٣: ٤٥٠ كتاب النكاح، باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٥٢٤) ٦: ١٩٨ كتاب الطلاق، عدة المتوفى عنها زوجها قبل أن يدخل بها. ⇦

وهذا صريح في محل النزاع .

ولأن الموت معنى يكمل به المسمى . فكمل به مهر المثل للمفوضة ؛ كالدخول .

وقول الخرقي : مهر نسائها يعني : مهر مثلها من أقاربها لقول ابن مسعود : «لها مهرُ نسائها» ونساؤها أقرباؤها ، واختلفت الرواية عن أحمد فيمن يعتبر من أقاربها فعنه يعتبر بنسائها من قبل أبيها فاعتبرها بنساء العصبات خاصة وهذا مذهب الشافعي وعنه لها مهر نسائها مثل أمها وأختها وعمتها أو بنت عمها اختاره أبو بكر وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأنهن من نسائها والأولى أولى فإنه قد روي في قصة بروع «أن رسول الله ﷺ قضى في بروع بنت واشق بمثل مهر نساء قومها»[1] .

ولأن شرف المرأة معتبر في مهرها ، وشرفها بنسبها ، وأمها وخالتها لا يساويانها في نسبها فلا يساويانها في شرفها وقد تكون أمها مولاة وهي شريفة وقد تكون أمها شريفة وهي غير شريفة[2] وينبغي أن يعتبر الأقرب فالأقرب فأقرب نساء عصباتها إليها أخواتها ثم عماتها ثم بنات عمها الأقرب فالأقرب . ويعتبر أن يكنّ في مثل حالها في دينها وعقلها وجمالها ويسارها وبكارتها وثيوبتها وصراحة نسبها وكل ما يختلف لأجله الصداق . وأن يكن من نساء بلدها ؛ لأن عادات البلاد تختلف في المهر وإنما اعتبرت هذه الصفات كلها ؛ لأن مهر المثل إنما هو بدل متلف فاعتبرت الصفات المقصودة فيه وإن لم يكن في عصباتها من هو في مثل حالها فمن نساء أرحامها كأمها وجداتها وخالاتها وبناتهن فإن لم يكن فأهل بلدها فإن لم يكن فنساء أقرب البلدان إليها فإن لم يوجد إلا دونها زيد لها بقدر فضيلتها فإن لم يوجد إلا خير منها نقصت بقدر نقصها .

⇦

وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٩١) ١: ٦٠٩ كتاب النكاح، باب الرجل يتزوج ولا يفرض لها فيموت على ذلك.

وأخرجه أحمد في مسنده (١٥٥١٣) طبعة إحياء التراث.

(١) ر. تخريج الحديث السابق.

(٢) في الأصل: وقد تكون أمها قرشية وهي غير قرشية. وما أثبتناه من المغني ٨: ٦٠.

مسألة : (**وإذا خلا بها بعد العقد وقال : لم أطأها وصدقته لم يلتفت إلى قولهما وكان حكمهما حكم الدخول في جميع أمورهما إلا في الرجوع إلى زوج طلقها ثلاثاً أو في الزنا فإنهما يجلدان ولا يرجمان**) .

أما إذا خلا الرجل بامرأته بعد العقد الصحيح استقر عليه مهرها ووجبت عليها العدة وإن لم يطأ روي هذا عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وهو قديم قول الشافعي ، وعن أحمد : لا يستقر إلا بالوطء ، وروي هذا عن ابن مسعود وابن عباس وبه قال الشافعي في الجديد وذلك لقول الله تعالى : ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصفُ ما فرضتم﴾ [البقرة :٢٣٧] وهذه قد طلقها قبل أن يمسها ، وقال تعالى : ﴿وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض﴾ [النساء :٢١] والإفضاء الجماع .

ولأنها مطلقة لم تمس أشبه من لم يخل بها .

والأول المذهب ؛ لإجماع الصحابة روى الإمام أحمد والأثرم بإسنادهما عن زرارة بن أبي أوفى قال : قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب المهر ووجبت العدة وهذه قضايا اشتهرت ولم يخالفهم أحد في عصرهم فكان إجماعاً ، وما روي عن ابن عباس لا يصح قال أحمد : يرويه ليث وليس بالقوي ، وقد رواه حنظلة خلاف ما رواه ليث وحنظلة أقوى من ليث ، وحديث ابن مسعود منقطع قاله ابن المنذر .

ولأن التسليم المستحق وجد من جهتها فيستقر به البدل كما لو وطئها أو كما لو أجرت دارها أو باعتها وسلمتها .

وأما قوله : ﴿من قبل أن تمسوهن﴾ [البقرة :٢٣٧] فيحتمل أنه كنى بالمسبب عن السبب الذي هو الخلوة بدليل ما ذكرناه .

وأما قوله : ﴿وقد أفضى بعضكم إلى بعض﴾ [النساء :٢١] فقد حكي عن الفراء أنه قال : الإفضاء الخلوة دخل بها أو لم يدخل وهذا صحيح فإن الإفضاء مأخوذ من الفضاء وهو الخالي فكأنه قال : وقد خلا بعضكم إلى بعض ، وقول الخرقي : حكمهما حكم الدخول في جميع أمورهما يعني : في حكم ما لو وطئها

من تكميل المهر ووجوب العدة وتحريم أختها وأربع سواها إذا طلقها حتى تنقضي عدتها وثبوت الرجعة له عليها في عدتها ؛ لقول الله تعالى : ﴿وبعولتهن أحق بردهن في ذلك﴾ [البقرة :٢٢٨] .

ولأنها معتدة من نكاح صحيح لم ينفسخ نكاحها ولا كمل عدد طلاقها ولا طلقها بعوض فكان له عليها الرجعة كما لو أصابها ولها عليه نفقة العدة والسكنى ؛ لأن ذلك لمن لزوجها عليها الرجعة ولا تثبت بها الإباحة للزوج المطلق ثلاثاً ؛ لقول النبي ﷺ لامرأة رفاعة القرظي : «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة لا حتى تذوقي عُسيلتَه ويذُوقَ عُسيلتك»[1] ولا الإحصان لأنه يعتبر لإيجاب الحد والحدود تدرأ بالشبهات ولا الغسل ؛ لأن موجبات الغسل خمسة وليس هذا منها ، ولا يخرج به عن العنة ؛ لأن العنة العجز عن الوطء فلا يزول إلا بحقيقة الوطء ولا تحصل به الفيئة ؛ لأنها الرجوع عما حلف عليه وإنما حلف على ترك الوطء .

ولأن حق المرأة لا يحصل إلا بنفس الوطء ولا تفسد به العبادات ولا تجب به الكفارة .

وأما تحريم الربيبة فعن أحمد أنه يحصل بالخلوة ، وقال القاضي وابن عقيل : لا تحرم ، وحمل القاضي كلام أحمد على أنه حصل مع الخلوة نظراً ومباشرة والصحيح أنها لا تحرم ؛ لقول الله عز وجل : ﴿فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾ [النساء :٢٣] والدخول كناية عن الوطء والنص صريح في إباحتها بدونه فلا يجوز خلافه .

مسألة : **(وسواء خلا بها وهما محرمان أو صائمان أو حائض أو سالمان من هذه الأشياء)** .

اختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا خلا بها وبهما أو بأحدهما مانع من الوطء كالإحرام والصيام والحيض والنفاس أو مانع حقيقي كالجب والعنة أو الرتق في

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٩٦) ٢: ٩٣٣ كتاب الشهادات، باب شهادة المختبي.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٣٣) ٢: ١٠٥٥ كتاب النكاح ، باب لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره...

المرأة فعنه أن الصداق يستقر بكل حال لعموم ما ذكرنا من إجماع الصحابة وقال عمر في العنين : يؤجل سنة فإن هو غشيها وإلا أخذت الصداق كاملاً وفرق بينهما وعليها العدة .

ولأن التسليم المستحق عليها قد وجد وإنما الحيض والإحرام والرتق من غير جهتها فلا يؤثر في المهر كما لا يؤثر في إسقاط النفقة ، وعن أحمد لا يكمل الصداق ؛ لأنه لم يتمكن من تسليمها فلم تستحق عليه مهرها كما لو منعت تسليم نفسها إليه يحققه أن المنع من التسليم لا فرق بين كونه من أجنبي أو من العاقد كالإجارة ، وعن أحمد إن كانا صائمين صوم رمضان لم يكمل الصداق وإن كان غيره كمل وهذا يدل على أنه متى كان المانع متأكداً كالإحرام وصوم رمضان لم يكمل الصداق .

وقال القاضي : إن كان المانع لا يمنع دواعي الوطء كالجب والعنة والرتق والبرص والحيض والنفاس وجب الصداق وإن كان يمنع دواعيه كالإحرام وصيام الفرض فعلى روايتين .

مسألة : **(والزوج هو الذي بيده عقدة النكاح فإذا طلق قبل الدخول فأيهما عفى لصاحبه عما وجب له من المهر وهو جائز الأمر في ماله برئ منه صاحبه)** .

اختلف أهل العلم في الذي بيده عقدة النكاح فظاهر كلام أحمد أنه الزوج روي هذا عن علي وابن عباس وجبير بن مطعم وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي في الجديد ، وعن أحمد أنه الولي إذا كان أباً لصغيرة وهو قول الشافعي القديم إذا كان أباً أو جداً ؛ لأن الله تعالى بدأ بخطاب الأزواج على المواجهة بقوله : ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن -ثم قال- : أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح﴾ [البقرة:٢٣٧] وهذا خطاب لغير حاضر .

ولأن الولي بعد الطلاق هو الذي بيده عقدة النكاح لكونها قد خرجت عن يد الزوج .

ولأن الله ذكر عفو النساء عن نصيبهن فينبغي أن يكون عفو الذي بيده عقدة النكاح عنه ليكون العفو عنه في الموضعين واحداً.

ووجه ما نقله الخرقي وهو أصح ما روى الدارقطني بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال: «ولي العقدة: الزوج»[1].

ولأن الذي بيده عقدة النكاح بعد العقد هو الزوج فإنه يتمكن من قطعه وفسخه وإمساكه وليس إلى الولي منه شيء.

ولأن الله تعالى قال: ﴿وأن تعفوا أقرب للتقوى﴾ [البقرة: ٢٣٧] والعفو الذي هو أقرب للتقوى عفو الزوج عن حقه.

وأما عفو الولي عن مال المرأة فليس هو أقرب للتقوى.

ولأن المهر مال للزوجة. فلا يملك الولي هبته وإسقاطه كغيره من أموالها وحقوقها كسائر الأولياء ولا يمتنع العدول عن خطاب الحاضر إلى خطاب الغائب كقوله: ﴿حتى إذا كنتم في الفلك وجرين بهم بريح طيبة﴾ [يونس: ٢٢] وقال: ﴿قل أطيعوا الله وأطيعوا الرسول فإن تولوا فإنما عليه ما حمل وعليكم ما حملتم﴾ [النور: ٥٤].

فعلى هذا متى طلق الزوج قبل الدخول تنصف المهر بينهما فإن عفا الزوج لها عن النصف الذي له كمل لها الصداق جميعه وإن عفت المرأة عن النصف الذي لها منه وتركت له جميع الصداق جاز إذا كان العافي منهما رشيداً جائز التصرف في ماله وإن كان صغيراً أو سفيهاً لم يصح عفوه؛ لأنه ليس له التصرف في ماله بهبة ولا إسقاط ولا يصح عفو الولي عن صداق الزوجة أباً كان أو غيره صغيرة كانت أو كبيرة نص عليه أحمد في رواية الجماعة وروى عنه ابن منصور إذا طلق امرأته وهي بكر قبل أن يدخل بها فعفا أبوها أو زوجها ما أرى عفو الأب إلا جائزاً قال أبو حفص: ما أرى ما نقله ابن منصور إلا قولاً لأبي عبدالله قديماً، فظاهر قول أبي حفص أن المسألة رواية واحدة وأن أبا عبدالله رجع عن قوله بجواز عفو الأب

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (١٢٨) ٣: ٢٧٩ كتاب النكاح، باب المهر.

وهو الصحيح ؛ لأن مذهبه لا يجوز للأب إسقاط ديون ولده الصغير ولا إعتاق عبيده ولا تصرفه له إلا بما فيه الحظ والمصلحة لهم ولا حظ لها في هذا الإسقاط فلا يصح وإن قلنا برواية ابن منصور لم يصح إلا بخمس شرائط : أن يكون أباً ؛ لأنه الذي يلي مالها ولا يتهم في حقها .

الثاني : أن تكون صغيرة ؛ ليكون ولياً على مالها فإن الكبيرة تلي مال نفسها .

الثالث : أن تكون بكراً ؛ لتكون غير مبتذلة .

ولأنه لا يملك تزويج الثيب فإن كانت صغيرة فلا تكون ولايته عليها تامة .

الرابع : أن تكون مطلقة ؛ لأنها قبل الطلاق معرضة لإتلاف البضع .

الخامس : أن يكون قبل الدخول ؛ لأن ما بعده قد أتلف البضع فلا يعفو عن بدل متلف ومذهب الشافعي على نحو هذا إلا أنه يجعل الجد كالأب .

مسألة : **(وليس عليه دفع نفقة زوجته إذا كان مثلها لا يوطأ أو منع منها بغير عذر فإن كان المنع من قبله لزمته النفقة)** .

أما المرأة إذا لم توطأ لصغرها فطلب وليها من الزوج تسليمها والإنفاق عليها لم يجبر الزوج على ذلك ؛ لأن النفقة في مقابلة الاستمتاع ولهذا تسقط بالنشوز وهذه لا يمكنه الاستمتاع بها وإن كانت كبيرة فمنعته نفسها أو منعها أولياؤها فلا نفقة لها أيضاً ؛ لأنها في معنى الناشز لكونها لم تسلم الواجب عليها فلا يجب تسليم ما في مقابلته من الإنفاق فكل موضع لزمته النفقة لزمه تسليم الصداق الحال إذا طولب به .

وأما الموضع الذي لا تلزمه نفقتها كالصغيرة والمانعة نفسها فقال ابن حامد : يجب تسليم الصداق وهو قول الشافعي ؛ لأن المهر في مقابلة ملك البضع وقد ملكه بخلاف النفقة فإنها في مقابلة التمكين ورد قوم هذا وقالوا المهر قد ملكته في مقابلة ما ملكه من بضعها فليس لها المطالبة بالاستيفاء إلا عند إمكان الزوج استيفاء العوض .

فصل

وإمكان الوطء في الصغيرة معتبر بحالها واحتمالها لذلك وذكر القاضي أنهن يختلفن فقد تكون صغيرة السن تصلح وكبيرة لا تصلح وحده أحمد[1] بتسع سنين فقال في رواية أبي الحارث في الصغيرة يطلبها زوجها : فإن أتى عليها تسع سنين دفعت إليه ليس لهم أن يحبسوها بعد التسع وذهب في ذلك إلى أن النبي ﷺ بنى بعائشة وهي ابنة تسع . قال القاضي : وهذا عندي ليس على طريق التحديد وإنما ذكره ؛ لأن الغالب أن ابنة تسع يتمكن من الاستمتاع بها فمتى كانت لا تصلح للوطء لم تجب على أهلها تسليمها إليه ولا على الزوج تسليمها إن بذلت له وإن ذكر أنه يحضنها ويربيها وله من يخدمها لم يجب تسليمها أيضاً ؛ لأنه لا يملك الاستمتاع بها وليست له بمحل ولا يؤمن شره نفسه إلى مواقعتها فيفضها أو يقتلها ولا تلزمه نفقتها إذاً ؛ لأنه لا يمكن من استيفاء حقه منها وإن كانت كبيرة إلا أنها مريضة مرضاً مرجو الزوال لم يلزمها تسليم نفسها قبل برئها ؛ لأنه مانع مرجو الزوال فهو كالصغر .

ولأن العادة لم تجر بزف المريضة إلى زوجها والتسليم في العقد يجب على حسب العرف فإن سلمت نفسها فتسلمها الزوج فعليه نفقتها ؛ لأن المرض عارض يعرض ويتكرر فيشق إسقاط النفقة به فجرى مجرى الحيض ولهذا لو مرضت بعد تسلمها لم تسقط نفقتها وإن امتنع من تسلمها فله ذلك ولا تلزمه نفقتها ؛ لأنه لما لم يجب تسليمها إليه لم يجب عليه تسلمها كالصغيرة .

ولأن العادة لم تجر بتسليمها على هذه الصفة . وقال القاضي : يلزمه تسلمها وإن امتنع فعليه نفقتها لما ذكرنا من أنه عارض لا يمكنها التحرز منه ويتكرر فأشبه الحيض وأما إن كان المرض غير مرجو الزوال لزم تسليمها إلى الزوج إذا طلبها ولزمه تسلمها إذا بذلت له ؛ لأنها ليست لها حالة يرجى زوال ذلك فيها فلو لم تسلم نفسها لم يفد التزويج فائدة وله أن يستمتع بها فإن كانت نضوة الخلق وهو

(١) زيادة من المغني ٨: ٧٨.

جسيم تخاف على نفسها الإفضاء من عظم خلقه فلها منعه من جماعها وله الاستمتاع بها فيما دون الفرج وعليه نفقتها ولا يثبت له خيار الفسخ ؛ لأن هذه يمكن الاستمتاع بها لغيره وأما امتناع الاستمتاع لمعنى فيه وهو عظم خلقه بخلاف الرتقاء وإن طلب تسليمها إليه وهي حائض احتمل أن لا يجب ذلك ؛ لأنه خلاف العادة فأشبه المرض المرجو الزوال واحتمل وجوب التسليم ؛ لأنه يزول قريباً ولا يمنع الاستمتاع بما دون الفرج فإذا طلب ذلك لم يجز منعه منه كما لم يجز لها منعه منه بعد تسلمها وإن بذلت له فأباها حتى تطهر فعلى قول[1] القاضي يلزمه تسلمها ونفقتها إن امتنع منه ويتخرج على ما ذكرنا أن لا يلزمه ذلك كالمرض المرجو الزوال .

مسألة : (وإذا تزوجها على صداقين سراً وعلانية أخذ بالعلانية وإن كان السر قد انعقد النكاح به) .

ظاهر كلام الخرقي أن الرجل إذا تزوج المرأة في السر بمهر ثم عقد عليها في العلانية بمهر آخر أنه يؤخذ بالعلانية وهذا ظاهر قول أحمد في رواية الأثرم . وقال القاضي : الواجب المهر الذي انعقد به النكاح سواء كان سراً وعلانية وحمل كلام أحمد والخرقي على أن المرأة لم تقر بنكاح السر فيثبت مهر العلانية ؛ لأنه الذي ثبت به النكاح وهذا قول الأوزاعي وأبي حنيفة ومالك والشافعي ؛ لأن العلانية ليس بعقد ولا يتعلق به وجوب شيء ووجه قول الخرقي أنه إذا عقد في الظاهر عقداً بعد عقد السر فقد وجد منه بذل الزائد على مهر السر فيجب ذلك عليه كما لو زادها على صداقها ومقتضى ما ذكرناه من التعليل لكلام الخرقي أنه إن كان مهر السر أكثر من العلانية وجب مهر السر ؛ لأنه وجب عليه بعقده و لم تسقط بالعلانية فيبقى وجوبه وأما إن اتفقا على أن المهر ألف وأنهما يعقدان العقد بألفين تجملاً ففعلا ذلك فالمهر ألفان ؛ لأنها تسمية صحيحة في عقد صحيح فوجب كما لو لم يتقدمها اتفاق على خلافها وهذا قول القاضي ومذهب الشافعي ولا فرق

(١) في الأصل: القول. وما أثبتناه من المغني ٨: ٧٩.

فيما ذكروه بين أن يكون السر من جنس العلانية نحو أن يكون السر ألفاً والعلانية ألفين أو يكونا من جنسين مثل أن يكون السر مائة درهم والعلانية مائة دينار وإن قلنا أن الواجب مهر العلانية فيستحب للمرأة أن تفي للزوج بما وعدت به وشرطته على نفسها من أنها لا تأخذ إلا مهر السر . قال أحمد إذا تزوج امرأة في السر بمهر وأعلنوا مهراً ينبغي لهم أن يفوا ويؤخذ بالعلانية فاستحب الوفاء بالشرط لئلا يحصل منهم غرور .

ولأن النبي ﷺ قال : «المؤمنون على شروطهم»[1] وعلى قول القاضي : إذا ادعى الزوج عقداً في السر انعقد به النكاح فيه مهر قليل فصدقته فليس لها سواه ، وإن أنكرته فالقول قولها ؛ لأنها منكرة ، وإن أقرت به وقالت : هما مهران في نكاحين وقال : بل نكاح واحد أسررناه ثم أظهرناه فالقول قولها ؛ لأن الظاهر أن الثاني عقد صحيح يفيد حكماً كالأول ولها المهر في العقد الثاني ونصف المهر في العقد الأول إن ادعى سقوط نصفه بالطلاق قبل الدخول وإن أصر على الإنكار سئلت المرأة فإن ادعت أنه دخل بها في النكاح الأول ثم طلقها طلاقاً بائناً ثم نكحها نكاحاً ثانياً حلفته على ذلك واستحقت[2] ، وإن أقرت بما يسقط نصف المهر أو جميعه لزمها ما أقرت به .

فصل

وإذا تزوجها على ألف إن كان أبوها حياً وعلى ألفين إن كان ميتاً فالتسمية فاسدة ولها صداق نسائها نص عليه أحمد في رواية مهنا ؛ لأن حال الأب غير معلومة فيكون مجهولاً وإذا قال : تزوجتك على ألف إن لم أخرجك وعلى ألفين إن أخرجتك أو على ألف إن لم تكن لي امرأة وعلى ألفين إن كانت لي امرأة فنص

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٩٤) ٣: ٣٠٤ كتاب الأقضية، باب في الصلح.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٥٢) ٣: ٦٣٤ كتاب الأحكام ، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس.

(٢) في الأصل: واستحلفت. وما أثبتناه من المغني ٨: ٨٣.

أحمد على صحة التمسية في هاتين المسألتين. وقال أبو بكر والقاضي: في الجميع روايتان:

إحداهما: لا يصح اختاره أبو بكر؛ لأن سبيله سبيل الشرطين فلم يجز كالبيع.

والرواية الثانية: يصح لأن ألفاً معلومة وإنما جهل الثاني وهو معلق على شرط فإن وجد الشرط كان زيادة في الصداق والصداق تجوز الزيادة فيه والأولى أولى، والقول بأن هذا تعليق على شرط لا يصح لوجهين:

أحدهما: أن الزيادة لا يصح تعليقها على شرط فلو قال: إن مات أبوك فقد زدتك في صداقك ألفاً لم يصح ولم يلزم الزيادة عند موت الأب.

والثاني: أن الشرط هاهنا لم يتجدد في قوله: إن كان لي زوجة أو إن كان أبوك ميتاً ولا الذي جعل الألف معلوم الوجود ليكون الألف الثاني زيادة عليه ويمكن الفرق بين المسألة التي نص على إبطال التسمية فيها وبين التي نص على الصحة فيها بأن الصفة التي جعل الزيادة فيها ليس للمرأة فيها غرض يصح بذل العوض فيه وهو كون أبيها ميتاً بخلاف المسألتين اللتين صحت التسمية فيهما فإن خلو المرأة من ضرة تغيرها وتقاسمها وتضيق عليها من أكبر أغراضها وكذلك إقرارها في دارها بين أهلها وفي وطنها فلذلك خففت صداقها ليحصل غرضها وثقلته عند فواته، فعلى هذا يمتنع قياس أحد الصورتين على الأخرى ولا يكون في كل مسألة إلا رواية واحدة وهي الصحة في المسألتين الأخريين والبطلان في المسألة الأولى وما جاء من المسائل ألحق بأشبههما به.

مسألة: **(وإذا أصدقها غنماً بعينها فتوالدت ثم طلقها قبل الدخول كانت الأولاد لها ويرجع بنصف الأمهات إلا أن تكون الولادة نقصتها فيكون مخيراً بين أن يأخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها أو يأخذ نصفها ناقصة)**.

قد ذكرنا أن المهر يدخل في ملك المرأة بمجرد العقد فإذا زاد فالزيادة لها وإن نقص فعليها، وإن كانت غنماً فولدت فالأولاد زيادة منفصلة تنفرد بها دونه؛ لأنه نماء ملكها ويرجع في نصف الأمهات إن لم تكن نقصت ولا زادت زيادة

متصلة ؛ لأنه نصف ما فرض لها وقد قال الله : ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة :٢٣٧] وإن كانت نقصت بالولادة أو بغيرها فله الخيار بين أخذ نصفها ناقصاً ؛ لأنه راض بدون حقه وبين أخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها ؛ لأن ضمان النقص عليها وبهذا قال الشافعي ؛ لأن هذا نماء منفصل عن الصداق فلم يمنع رجوع الزوج كما لو انفصل قبل القبض .

إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الولادة قبل تسليمه إليها أو بعده إلا أن يكون قد منعها قبضه فيكون النقص من ضمانه والزيادة لها فتنفرد بالأولاد ، وإن نقصت الأمهات خيرت بين أخذ نصفها[1] ناقصة وبين أخذ نصف قيمتها أكثر ما كانت من يوم أصدقها إلى يوم طلقها ، وإذا أراد الزوج أخذ نصف قيمة الأمهات من المرأة لم يكن له ذلك ؛ لقول الله تعالى : ﴿فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة :٢٣٧] وما فرض هاهنا إلا الأمهات فلا يتنصف سواها .

ولأن الولد حدث في ملكها فأشبه ما لو حدث في يدها .

والحكم في الصداق إذا كان جارية كالحكم في الغنم فإذا ولدت كان الولد لها كولد الغنم إلا أنه ليس له الرجوع في نصف الأصل ؛ لأنه يفضي إلى التفريق بين الأم وولدها في بعض الزمان وكما لا يجوز التفريق بينها وبين ولدها في جميع الزمان لا يجوز في بعضه فيرجع أيضاً في نصف قيمتها وقت ما أصدقها لا غير .

مسألة : **(وإذا أصدقها أرضاً فبنتها داراً أو ثوباً فصبغته ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها إلا أن يشاء أن يعطيها نصف قيمة البناء والصبغ فيكون له النصف أو تشاء هي أن تعطيه زائداً فلا يكون له غيره)** .

إنما كان له نصف القيمة ؛ لأنه قد صار في الأرض والثوب زيادة للمرأة وهي البناء والصبغ فإن دفعت إليه نصف الجميع زائداً فعليه قبوله ؛ لأنه حقه وزيادة ،

(١) في الأصل: نقصها، وما أثبتناه من المغني ٨: ٩١.

وإن بذل لها نصف قيمة البناء والصبغ ويكون له النصف فقال الخرقي : لـه ذلـك . قال القاضي : هذا محمول على أنهما تراضيا بذلك لا أنها تجبر على قبوله ؛ لأن بيع البناء معاوضة فلا تجبر المرأة عليها ، والصحيح أنها تجـبر ؛ لأن الأرض حصلـت لـه وفيها بناء لغيره فإذا بذل القيمة لزم الآخر قبوله كالشفيع إذا أخذ الأرض بعد بنـاء المشتري فيها فبذل الشفيع قيمته لزم المشـتري قبولهـا ، وكذلـك إذا رجـع المعـير في أرضه وفيها بناء أو غرس للمستعير فبذل المعير قيمة ذلك لزم المستعير قبولها . والله أعلم .

كتاب الوليمة

الوليمة : اسم للطعام في العرس خاصة . لا يقع هذا الاسم على غيره وكذلك حكاه ابن عبد البر عن ثعلب وغيره من أهل اللغة .

وقال بعض الفقهاء من أصحابنا وغيرهم : الوليمة تقع على كل طعام لسرورٍ حادث ؛ إلا أن استعمالها في طعام العرس أكثر . وقول أهل اللغة أقوى ؛ لأنهم أهل اللسان وهم أعرف بموضوعات اللغة وأعلم بلسان العرب .

والعذيرة : اسم لدعوة الختان وتسمى الأعذار ، والخرس والخرسة عند الولادة ، والوكِيرة دعوة البناء يقال : وكر وخرس مشدد ، والنقيعة عند قدوم الغائب يقال : نقع مخفف ، والعقيقة الذبح لأجل الولد . قال الشاعر :

كل الطعام تشتهي ربيعه ... الخرس والأعذار والنقيعة

والحذاق : الطعام عند حذاق الصبي ، والمأدبة : اسم لكل دعوة لسبب كانت أو لغير سبب ، والآدب صاحب المأدبة . قال الشاعر :

نحن في المشتاة ندعو الجفلى ... لا ترى الآدب منا ينتقر

والجفلى في الدعوة : أن يعم الناس بدعوته ، والنقرى : هو أن يخص قوماً دون قوم .

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : **(ويستحب لمن تزوج أن يولم ولو بشاة)** .

لا خلاف بين أهل العلم في أن الوليمة في العرس سنة مشروعة لما روي أن النبي ﷺ أمر بها وفعلها «فقال لعبد الرحمن بن عوف حين قال : تزوجت! أولم ولو بشاة»[1] .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤٨٢.

وقال أنس: «ما أولم رسول الله ﷺ على امرأة من نسائه ما أولم على زينب جعل يبعثني فأدعو الناس فأطعمهم خبزًا ولحمًا حتى شبعوا»[1].

وقال أنس: «إن رسول الله ﷺ اصطفى صفية لنفسه فخرج بها حتى بلغ ثنية الصهباء. فبنى بها. ثم صنع حيسًا في نِطع صغير. ثم قال: ائذن لمن حولك. فكانت وليمة رسول الله ﷺ على صفية»[2] متفق عليهن.

ويستحب أن يولم بشاة إن أمكنه؛ لقوله عليه السلام لعبدالرحمن: «أوْلم ولو بشاة»[3].

وقال أنس «ما أولم النبي ﷺ علىٰ أحد من نسائه ما أولم على زينب أولم بشاة»[4]. متفق عليه.

فإن أولم بغير هذا جاز فقد «أولم رسول الله ﷺ على صفية بحيس»[5]، و «أولم على بعض نسائه بمدين من شعير»[6] رواه البخاري هكذا مرسلاً.

وليست بواجبة في قول أكثر أهل العلم؛ لأنها طعام لسرور حادث فأشبه سائر الأطعمة والأمر بها محمول على الاستحباب بدليل ما ذكرنا وكونه أمر بشاة ولا خلاف في أنها لا تجب.

مسألة: **(وعلى من دعي إليها أن يجيب)**.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٧٧) ٥: ١٩٨٣ كتاب النكاح، باب من أولم على بعض نسائه أكثر من بعض.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٢٨) ٢: ١٠٤٨ كتاب النكاح، باب زواج زينب بنت جحش...

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٢٠) ٢: ٧٧٨ كتاب البيوع، باب هل يسافر بالجارية قبل أن يستبرئها.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٦٥) ٢: ١٠٤٣ كتاب النكاح، باب فضيلة إعتاقه أمة ثم يتزوجها.

(٣) سبق تخريجه ص: ٤٨٢.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٧٣) ٥: ١٩٨٣ كتاب النكاح، باب الوليمة ولو بشاة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٢٨) ٢: ١٠٤٩ كتاب النكاح، باب زواج زينب بنت جحش...

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٧٤) ٥: ١٩٨٣ كتاب النكاح، باب الوليمة ولو بشاة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٦٥) ٢: ١٠٤٧ كتاب النكاح، باب فضيلة إعتاقه أمة ثم يتزوجها.

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٧٧) ٥: ١٩٨٣ كتاب النكاح، باب من أولم بأقل من شاة.

قال ابن عبد البر: لا خلاف في وجوب الإجابة إلى الوليمة لمن دعي إليها إذا لم يكن فيها لهو؛ لما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «أجيبوا هذه الدعوة إذا دعيتم لها»[1].

و «كان ابن عمر يأتي الدعوة في العرس وغير العرس ويأتيها وهو صائم»[2]. متفق عليه.

وعن أبي هريرة قال: «شر الطعام طعام الوليمة يُدعى لها الأغنياء ويترك الفقراء، ومن لم يجب فقد عصى الله ورسوله»[3]. متفق عليه.

وفي رواية قال: قال رسول الله ﷺ: «شر الطعام طعام الوليمة يمنعها من يأتيها ويُدعى إليها من يأباها، ومن لم يجب فقد عصى الله ورسوله»[4] رواه مسلم. وهذا عام.

ومعنى قوله: شر الطعام طعام الوليمة أي: طعام الوليمة التي يدعى[5] لها الأغنياء ويترك الفقراء ولم يرد أن كل وليمة طعامها شر الطعام فإنه لو أراد ذلك لما أمر بها ولا ندب إليها ولا أمر بالإجابة إليها ولا فعلها.

ولأن الإجابة تجب بالدعوة فكل من دعي فقد وجبت عليه الإجابة.

وإنما تجب الإجابة على من عين بالدعوة بأن يدعو رجلاً بعينه أو جماعة معينين فإن دعي الجفلى بأن يقول: يا أيها الناس أجيبوا إلى الوليمة أو يقول الرسول: أمرت أن أدعو كل من لقيت أو من شئت لم تجب الإجابة ولم تستحب؛ لأنه لم يعين بالدعوة فلم تتعين عليه الإجابة.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٨٤) ٥: ١٩٨٥ كتاب النكاح، باب إجابة الداعي في العرس ونحوه.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٢٩) ٢: ١٠٥٣ كتاب النكاح، باب الأمر بإجابة الداعي إلى دعوة.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٨٤) ٥: ١٩٨٥ كتاب النكاح، باب إجابة الداعي في العرس وغيره.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٢٩) ٢: ١٠٥٢ كتاب النكاح، باب الأمر بإجابة الداعي إلى دعوة.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٨٢) ٥: ١٩٨٥ كتاب النكاح، باب من ترك الدعوة فقد عصى الله ورسوله.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٣٢) ٢: ١٠٥٤ كتاب النكاح، باب الأمر بإجابة الداعي إلى دعوة.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٣٢) ٢: ١٠٥٥ الموضع السابق.

(٥) زيادة من المغني ٨: ١٠٩.

ولأنه غير منصوص عليه ولا يحصل كسر قلب الداعي بترك إجابته ، وتجوز الإجابة بهذا ؛ لدخوله في عموم الدعاء .

مسألة : **(فإن لم يحب أن يطعم دعا وانصرف)** .

أما الإجابة إلى الدعوة فواجبة ؛ لأنها الذي أمر به وتوعد على تركه وأما الأكل فغير واجب صائماً كان أو مفطراً نص عليه أحمد لكن إن كان المدعو صائماً صوماً واجباً أجاب و لم يفطر ؛ لأن الفطر غير جائز فإن الصوم واجب والأكل غير واجب ، وقد روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : «إذا دعي أحدكم فليجب ، فإن كان صائمًا فليدَع ، وإن كان مفطرًا فليطعم»[1] . رواه أبو داود .

وفي رواية : «فليصل» . أي : يدعو .

و «دعي ابن عمر إلى وليمة فحضر ومد يده ، ثم قال : بسم الله ، ثم قبض يده وقال : كلوا فإني صائم»[2] .

وإن كان صوماً تطوعاً استحب له الأكل ؛ لأن له الخروج من الصوم فإن كان في الأكل إجابة أخيه المسلم وإدخال السرور على قلبه كان أولى .

وقد روي «أن النبي ﷺ كان في دعوة ومعه جماعة فاعتزل رجل من القوم ناحية وقال : إني صائم فقال له النبي عليه السلام : دعاكم أخوكم وتكلف لكم . كُلْ ثم صم يومًا مكانه إن شئت»[3] .

وإن أحب إتمام الصيام جاز لما روينا من الخبر المتقدم ولكن يدعو لهم ويبرك ويخبرهم بصيامه ليعلموا عذره فتزول عنه التهمة في ترك الأكل وقد روى أبو حفص بإسناده عن عثمان «أنه أجاب عبد المغيرة وهو صائم فقال : إني صائم ولكني أحببت أن أجيب الداعي فأدعو بالبركة» .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٤٦٠) ٢: ٣٣١ كتاب الصوم، باب في الصائم يُدعَى إلى وليمة.
وأخرجه أحمد في مسنده (٧٧٣٥) ٢: ٢٧٩.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٤٣٠ كتاب الصداق، باب من استحب الفطر إن كان صومه غير واجب.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٤: ٤٦٢ كتاب الصيام، باب التخيير في القضاء إن كان صومه تطوعًا.

وعن ابن مسعود قال: «إذا عرض على أحدكم الطعام وهو صائم فليقل: إني صائم»[1]، وإن كان مفطرًا فالأولى له الأكل؛ لأنه أبلغ في إكرام الداعي وجبر قلبه، ولا يجب عليه ذلك لقوله عليه السلام: «إذا دعي أحدكم فليجب فإن شاء أكل وإن شاء ترك»[2] حديث صحيح.

ولأنه لو وجب الأكل لوجب على المتطوع بالصوم فلما لم يلزمه الأكل لم يلزمه إذا كان مفطراً.

مسألة: **(ودعوة الختان لا يعرفها المتقدمون ولا على من دعي إليها أن يجيب وإنما وردت السنة في إجابة من دعي إلى وليمة تزويج)**.

يعني بالمتقدمين أصحاب رسول الله ﷺ الذين يقتدى بهم وذلك لما روي «أن عثمان بن أبي العاص دعي إلى ختان. فأبى أن يجيب فقيل له فقال: إنا كنا لا نأتي الختان على عهد رسول الله ﷺ ولا ندعى إليه»[3] رواه أحمد بإسناده.

إذا ثبت هذا فحكم الدعوة للختان وسائر الدعوات غير الوليمة أنها مستحبة لما فيها من إطعام الطعام، والإجابة إليها مستحبة غير واجبة وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي؛ لأن الصحيح من السنة إنما ورد في إجابة الداعي إلى الوليمة وهي الطعام في العرس خاصة، كذلك قال الخليل وثعلب وغيرهما من أهل اللغة وقد صرح بذلك في بعض روايات ابن عمر عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إذا دُعي أحدكم إلى وليمة عُرْسٍ فليُجِب»[4] رواه ابن ماجة.

وقال عثمان بن أبي العاص: «كنا لا نأتي الختان على عهد رسول الله ﷺ ولا نُدعى إليه»[5].

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٩٤٤٢) ٢: ٣١٨ كتاب الصيام، من كان يقول: إذا دعي أحدكم إلى الطعام فليجب.

وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٧٤٨٣) ٤: ٢٠٠ كتاب الصيام، باب الرجل يدعى إلى طعام وهو صائم.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٧٤٠) ٣: ٣٤١ كتاب الأطعمة، باب ما جاء في إجابة الدعوة.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٧٥١) ١: ٥٥٧ كتاب الصيام، باب من دعى إلى طعام وهو صائم.

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (١٧٩٣٨) ٤: ٢١٧.

(٤) أخرجه ابن ماجة في سننه (١٩١٤) ١: ٦١٦ كتاب النكاح، باب إجابة الداعي.

(٥) سبق قريباً.

ولأن التزويج يستحب إعلانه وكثرة الجمع فيه والتصويت والضرب بالدف بخلاف غيره .

مسألة : (**والنثار مكروه ؛ لأنه شبيه النهبة وقد يأخذه من غيره أحب إلى صاحب النثار منه**) .

اختلفت الرواية عن أحمد في النثار والتقاطه فروي عنه أن ذلك مكروه في العرس وغيره ، وروي ذلك عن أبي مسعود البدري وبه قال مالك والشافعي ، وعن أحمد : لا يكره النثار اختارها أبو بكر وهو قول الحسن وأبي حنيفة لما روي «أن النبي ﷺ قُرِّبَ إليه خمسُ بدناتٍ أو ست فطفِقْنَ يزدلِفْنَ إليه [بأيتهن يبدأُ][1] . فنحرَها رسولُ الله ﷺ وقال كلمة لم أسمعها . فسألتُ من قَرُبَ منه فقال : قال[2] : من شاءَ اقتطَع »[3] رواه أبو داود .

وهذا جار مجرى النثار .

وقد روي «أن النبي ﷺ دُعيَ إلى وليمة رجل من الأنصار . ثم أتوا بنهب فأنهبَ عليه . قال الراوي : ونظرتُ إلى رسول الله ﷺ يزاحمُ الناسَ ويحثُو ذلك . قلت : يا رسول الله! أو ما نَهيتنا عن النُّهبَة ؟ قال : نهيتُكُم عن نُهْبَةِ العَساكر »[4] .

ولأنه نوع إباحة . فأشبه إباحة الطعام للضيفان .

ووجه الرواية الأولى وهي أصح ما روى زيد بن خالد «أنه سمع النبي ﷺ نهى عن النهبة»[5] رواه أحمد .

وعن عبدالله بن يزيد الأنصاري «أن النبي ﷺ نهى عن المثلة والنهبة »[6] رواه أحمد والبخاري .

---

(١) زيادة من السنن.

(٢) مثل السابق.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (١٧٦٥) ٢: ١٤٨ كتاب المناسك ، باب في الهدي إذا عطب قبل أن يبلغ .

(٤) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣: ٥٠ كتاب النكاح ، باب انتهاب ما ينثر على القوم... نحوه.

(٥) أخرجه أحمد في مسنده (٢١٧٣١) ٥: ١٩٣.

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٤٢) ٢: ٨٧٥ كتاب المظالم، باب النهي بغير إذن صاحبه.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٨٧٣٢) ٤: ٣٠٦ ولفظ الحديث عندهما بتقديم النهبى على المثلة.

وعن أنس أن النبي ﷺ قال: «من انتهب فليس منا»[1] رواه أحمد والترمذي وصححه.

ولأن فيه نهباً وتزاحماً وقتالاً وربما يأخذه من يكره صاحب النثار لحرصه وشرهه ودناءة نفسه ويحرمه من يحب صاحبه لمروءته وصيانة نفسه وعرضه. والغالب هذا فإن أهل المروءات يصونون أنفسهم عن مزاحمة سفلة الناس على شيء من الطعام أو غيره.

ولأن في هذا دناءة والله يحب معالي الأمور ويكره سفسافها. وأما خبر البدنات فيحتمل أن النبي ﷺ علم أنه لا نهبة في ذلك لكثرة اللحم وقلة الآخذين أو فعل ذلك لاشتغاله بالمناسك عن تفريقها.

وفي الجملة فالخلاف إنما هو في كراهية ذلك وأما إباحته فلا خلاف فيها ولا في الالتقاط؛ لأنه نوع إباحة لما له أشبه سائر المباحات.

مسألة: **(فإن قسم على الحاضرين فلا بأس بأخذه)**.

كذا روي عن أبي عبدالله رضي الله عنه أن بعض أولاده حذق فقسم على الصبيان الجوز. أما إذا قسم على الحاضرين ما ينثر مثل اللوز والسكر وغيره فلا خلاف في أن ذلك حسن غير مكروه. وقد روي عن أبي هريرة قال: «قسم النبي ﷺ يوماً بين أصحابه تمراً فأعطى كل إنسان[2] سبع تمرات فأعطاني سبع تمرات إحداهن حَشَفَةٌ لم تكن منهن تمرة أعجبَ إليَّ منها شَدَّت في مَضَاغِي»[3] رواه البخاري.

وكذلك إن وضعه بين أيديهم وأذن لهم في أخذه على وجه لا يقع تناهب فلا يكره أيضاً.

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٦٠١) ٤: ١٥٤ كتاب السير، باب ما جاء في كراهية النهبة.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٤٣٦٣) ٣: ٣١٢.

(٢) زيادة من الصحيح.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٠٩٥) ٥: ٢٠٦٥ كتاب الأطعمة، باب ما كان النبي ﷺ وأصحابه يأكلون.

قال المروذي : سألت أبا عبدا لله عن الجوز ينثر فكرهه وقال : يقسم عليهم . وقال محمد بن علي بن بحر سمعت حُسْنَ أم ولد أحمد بن محمد بن حنبل تقول : لما حذق ابني حَسن قال لي مولاي حُسن : لا تنثروا عليه فاشترى تمراً وجوزاً فأرسله إلى المعلم قالت : وعملت أنا عصيدة وأطعمت الفقراء فقال : أحسنت أحسنت وفرق أبو عبدا لله على الصبيان الجوز لكل واحد خمسة خمسة .

فصل

ومن حصل في حجره شيء من النثار فهو له غير مكروه ؛ لأنه مباح حصل في حجره فملكه كما لو وثبت سمكة من البحر فوقعت في حجره وليس لأحد أن يأخذه من حجره لما ذكرنا .

ولا بأس أن يخلط المسافرون زادهم ويأكلون جميعاً وإن أكل بعضهم أكثر من بعض فلا بأس ، وقد كان السلف يتعاهدون في الغزو والحج . ويفارق النثار فإنه يؤخذ بنهب وتسالب وتجاذب بخلاف هذا . وا لله أعلم .

كتاب عشرة النساء والخلع

قال الله: ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾ [النساء:١٩]، وقال تعالى: ﴿ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف﴾ [البقرة:٢٢٨].

وقال ابن عباس: إني لأحب أن أتزين للمرأة كما أحب أن تتزين لي؛ لأن الله تعالى يقول: ﴿ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف﴾ [البقرة:٢٢٨].

وقال بعض أهل العلم: التماثل هاهنا في تأدية كل واحد منهما ما عليه من الحق لصاحبه بالمعروف، ولا يمطله به ولا يظهر الكراهة بل ببشر وطلاقة، ولا يتبعه أذى ولا منة؛ لقوله تعالى: ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾ [النساء:١٩] وهذا من المعروف.

ويستحب لكل واحد منهما تحسين الخلق مع صاحبه، والرفق به، واحتمال أذاه؛ لقول الله تعالى: ﴿وبالوالدين إحسانا وبذي القربى -إلى قوله- والصاحب بالجنب﴾ [النساء:٣٦] قيل: هو كل واحد من الزوجين.

وقال النبي ﷺ: «استوصوا بالنساء خيرًا فإنهن عوان عندكم، أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله»[1] رواه مسلم.

وحق الزوج عليها أعظم من حقها عليه؛ لقوله تعالى: ﴿وللرجال عليهن درجة﴾ [البقرة:٢٢٨].

وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «لو كنت آمرًا أحدًا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها»[2] رواه الترمذي وحسنه.

وعن أنس بن مالك أن النبي ﷺ قال: «لا يصلُح بشر أن يسجد لبشر ولو كنت آمرًا أحدًا أن يسجد لأحد لأمرتُ المرأة أن تسجد لزوجها من عظم حقه

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١١٥٩) ٣: ٤٦٥ كتاب الرضاع، باب ما جاء في حق الزوج على المرأة.

عليها . والذي نفسي بيده لو كان من قَدَمِه إلى مَفْرِق رأسه قُرْحَةً تَنْبَجِسُ بالقيح والصديد ثم استقبلته تلحسه ما أدت حقه »[1] رواه أحمد .

وعن عبدالله بن أبي أوفى قال : « لما قدم معاذ من الشام سجد للنبي ﷺ فقال : ما هذا يا معاذ ؟ قال : أتيت الشام فوافيتهم يسجدون لأساقِفَتِهم وبَطَارِقَتِهم فوددتُ في نفسي أن نفعل ذلك بك فقال رسول الله ﷺ : لا تفعلوا فلو كنت آمرًا أحدًا بالسجود لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها والذي نفس محمد بيده لا تؤدي المرأة حق ربها حتى تؤدي حق زوجها ولو سألها نفسها وهي على قَتَبٍ لم تمنعه »[2] رواه أحمد وابن ماجة .

وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « أكمل المؤمنين إيماناً أحسنُهم خُلُقاً وخيارُكُم خيارُكُم لنسائِهم »[3] رواه أحمد والترمذي وصححه .

وعن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : « خيرُكُم خيرُكُم لأهله وأنا خيرُكُم لأهلي »[4] رواه الترمذي وصححه .

فصل

وليس على المرأة خدمة زوجها في العجن والخبز والطبخ وأشباهه نص عليه أحمد . وقال أبو بكر بن أبي شيبة وأبو إسحاق الجوزجاني : عليها ذلك واحتجا بقصة علي وفاطمة فإن النبي ﷺ قضى على ابنته فاطمة بخدمة البيت وعلى علي ما كان خارجاً من البيت من عمل . رواه الجوزجاني من طرق .

قال الجوزجاني : وقد قال النبي ﷺ : « لو كنت آمرًا أحدًا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها . ولو أن رجلاً أمر امرأته أن تَنْقُل من جبل أسود

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٣١٢٢٠٣) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٥٣) ١: ٥٩٥ كتاب النكاح ، باب حق الزوج على المرأة.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٨٩١٣) طبعة إحياء التراث.

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (١١٦٢) ٣: ٤٦٦ كتاب الرضاع ، باب ما جاء في حق المرأة على زوجها.
وأخرجه أحمد في مسنده (٩٧٥٦) طبعة إحياء التراث.

(٤) أخرجه الترمذي في جامعه (٣٨٩٥) ٥: ٧٠٩ كتاب المناقب، باب فضل أزواج النبي ﷺ.

إلى جبل أحمر أو من جبل أحمر إلى جبل أسود كان لها أن تفعل»[1] رواه أحمد وابن ماجة .

قال : فهذا طاعته فيما لا منفعة فيه فكيف بمؤنة معاشه ؟ وقد كان النبي ﷺ يأمر نساءه بخدمته فقال : يا عائشة اسقينا ، يا عائشة أطعمينا ، يا عائشة هلمي الشفرة واشحذيها بحجر . وقد روي أن فاطمة أتت رسول الله ﷺ تشكو إليه ما تلقى من الرحى وسألته خادماً يكفيها ذلك .

حجة الجمهور : أن المعقود عليه من جهتها الاستمتاع فلا يلزمها غيره كسقي دوابه وحصاد زرعه وأما قسم النبي عليه السلام بين علي وفاطمة فعلى ما تليق به الأخلاق المرضية ومجرى العادة لا على سبيل الإيجاب كما روي عن أسماء بنت أبي بكر أنها كانت تقوم بفرس الزبير وتلتقط له النوى وتحمله على رأسها ولم يكن ذلك واجباً عليها ولهذا لا يجب على الزوج القيام بمصالح خارج البيت ولا الزيادة على ما يجب لها من النفقة والكسوة ولكن الأولى لها فعل ما جرت العادة بقيامها به ؛ لأنه العادة ولا يصلح الحال إلا به ولا تنظيم ولا تنتظم المعيشة بدونه .

مسألة : قال أبو القاسم رحمه الله : (**وعلى الرجل أن يساوي بين زوجاته في القَسْم**) .

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في وجوب التسوية بين الزوجات في القسم خلافاً وقد قال الله تعالى : ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾ [النساء:١٩] وليس مع الميل معروف . وقال : ﴿فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة﴾ [النساء:١٢٩] .

وعن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : «من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل»[2] . رواه الخمسة .

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٥٢) ١: ٥٩٥ كتاب النكاح ، باب حق الزوج على المرأة.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٣٩٥٠) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٣٣) ٢: ٢٤٢ كتاب النكاح، باب في القسم بين النساء.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٤١) ٣: ٤٤٧ كتاب النكاح، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٩٤٢) ٧: ٦٣ كتاب عشرة النساء، ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض. ⇦

وعن عائشة قالت : « كان رسول الله ﷺ يقسم فيعدل . ويقول : اللهم! هذا قسمي فيما أملك فلا تَلُمْني فيما تملك ولا أملك »[1] . رواه الخمسة إلا أحمد .

إذا ثبت هذا فإنه إذا كان عنده نسوة لم يجز له أن يبتدئ بواحدة منهن إلا بقرعة ؛ لأن البداءة بها تفضيل لها والتسوية واجبة .

ولأنهن متساويات في الحق ولا يمكن الجمع بينهن فوجب المصير إلى القرعة كما لو أراد السفر بإحداهن فإن كانتا اثنتين كفاه قرعة واحدة ويصير في الليلة الثانية إلى الثانية بغير قرعة ؛ لأن حقها متعين .

فصل

ويجب قسم الابتداء ومعناه أنه إذا كانت له امرأة لزمه المبيت عندها ليلة من كل أربع ليال ما لم يكن عذر ، وإن كان له نساء فلكل واحدة منهن ليلة من كل أربع ، وبه قال الثوري . وقال القاضي في المجرد : لا يجب قسم الابتداء إلا أن يترك الوطء مضراً فإن تركه غير مضر لم يلزمه قسم ولا وطء ؛ لأن أحمد قال : إذا وصل الرجل إلى امرأته مرة بطل أن يكون عنيناً يعني لا يؤجل . والمذهب الأول ؛ لقول النبي ﷺ لعبدالله بن عمرو بن العاص : « يا عبدالله ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل ؟ قلت : بلى يا رسول الله قال : فلا تفعل صم وأفطر وقم ونم فإن لجسدك عليك حقاً ، وإن لعينك عليك حقاً ، وإن لزوجك عليك حقاً »[2] متفق عليه .

⇨

وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٦٩) ١: ٦٣٣ كتاب النكاح، باب القسمة بين النساء.

وأخرجه أحمد في مسنده (٨٥٤٩) ٢: ٣٤٧ .

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٣٤) ٢: ٢٤٢ كتاب النكاح ، باب في القسم بين النساء .

وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٤٠) ٣: ٤٤٦ كتاب النكاح، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر.

وأخرجه النسائي في سننه (٣٩٤٣) ٧: ٦٣ كتاب عشرة النساء، ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٧١) ١: ٦٣٣ كتاب النكاح، باب القسمة بين النساء.

وأخرجه أحمد في مسنده (٢٤٥٨٧) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٩٠٣) ٥: ١٩٩٥ كتاب النكاح، باب لزوجك عليك حق.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٥٩) ١: ٨١٧ كتاب الصيام، باب النهي عن صوم الدهر لمن تضرّر به...

فأخبر أن للمرأة عليه حقاً وقد اشتهرت قصة كعب بن سور رواها عمر بن شبة في كتاب قضاة البصرة من وجوه أحدها عن الشعبي «أن كعب بن سور كان جالسًا عند عمر بن الخطاب فجاءت امرأة. فقالت: يا أمير المؤمنين! ما رأيتُ رجلاً قط أفضل من زوجي. وا لله! إنه ليبيتُ ليله قائمًا ونهارهُ صائمًا. فاستغفرَ لها وأثنى عليها واستحيت المرأةُ وقامت راجعة. فقال كعب: يا أمير المؤمنين! هلا أعديتَ المرأة على زوجها. فجاء فقال لكعب: اقض بينهما. فإنك فهمتَ من أمرهما ما لم أفهم. قال: فإني أرى كأنها امرأة عليها ثلاث نسوة هي رابعتهن. فأقضي له بثلاثة أيام ولياليهن يتعبد فيهن، ولها يوم وليلة. فقال عمر: وا لله! ما رأيك الأول بأعجب إليَّ من الآخر. فاذهب فأنت قاضٍ على أهل البصرة»[1].

وفي رواية: فقال عمر: «نعم القاضي أنت». وهذه قضية اشتهرت فلم تنكر. فكانت إجماعًا.

ولأنه لو لم يكن حقاً لم تستحق فسخ النكاح لتعذره بالجب والعنة وامتناعه بالإيلاء.

ولأنه لو لم يكن حقاً للزوجة لملك الزوج تخصيص إحدى زوجتيه به؛ كالزيادة في النفقة على قدر الواجب.

إذا ثبت هذا فقال أصحابنا: حق الحرة ليلة من كل أربع والأمة ليلة من كل سبع؛ لأن أكثر ما يمكن أن يجمع معها ثلاث حرائر ولها السابعة.

والذي يقوى عندي أن لها ليلة من ثمان لتكون على النصف مما للحرة فإن حق الحرة من كل ثمان ليلتان ليس لها أكثر من ذلك، فلو كان للأمة ليلة من سبع لزاد على النصف و لم يكن للحرة ليلتان وللأمة ليلة.

ولأنه إذا كان تحته ثلاث حرائر وأمة فلم يرد أن يزيدهن على الواجب لهن فقسم بينهن سبعاً فماذا يصنع في الليلة الثامنة؟ إن أوجبنا عليه مبيتها عند حرة فقد

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٢٥٨٦) ٧: ١٤٨ كتاب الطلاق، باب حق المرأة على زوجها وفي كـ تشتاق. مختصر.

زادها على ما يجب لها ، وإن باتها عند الأمة جعلها كالحرة ولا سبيل إليه ، وعلى ما اخترته تكون هذه الليلة الثامنة له ، إن أحب انفرد فيها وإن أحب بات عند الأولى مستأنفاً للقسم . وإن كان عنده حرة وأمة قسم لهن ثلاث ليال من ثمان وله الانفراد في خمس ، وإن كان تحته حرتان وأمة فلهن خمس وله ثلاث وإن كان حرتان وأمتان فلهن ست وله ليلتان وإن كانت أمة واحدة فلها ليلة وله سبع ، وعلى قولهم لها ليلة وله ست .

مسألة : **(وعماد القسم الليل)** .

لا خلاف في هذا وذلك لأن الليل للسكن والأوي يأوي فيه الإنسان إلى منزله ، ويسكن إلى أهله ، وينام في فراشه مع زوجته عادة ، والنهار للمعاش والخروج والتكسب والاشتغال . قال الله : ﴿وجعل الليل سكنا﴾ [الأنعام:٩٦] وقال تعالى : ﴿وجعلنا الليل لباسًا ۝ وجعلنا النهار معاشا﴾ [النبأ:١٠-١١] ، وقال : ﴿ومن رحمته جعل لكم الليل والنهار لتسكنوا فيه ولتبتغوا من فضله﴾ [القصص:٧٣] .

فعلى هذا يقسم الرجل بين نسائه ليلة وليلة ويكون في النهار في معاشه وقضاء حقوق الناس وما شاء مما يباح له إلا أن يكون ممن معاشه بالليل كالحراس وما أشبههم فإنه يقسم بين نسائه بالنهار ويكون الليل في حقه كالنهار في حق غيره .

فصل

والنهار يدخل في القسم تبعاً لليل ؛ «لأن سودة وهبت يومها لعائشة فكان النبي ﷺ يقسم لعائشة يومها ويوم سودة»[1] متفق عليه من حديث عائشة .

وقالت عائشة : «قُبض رسول الله ﷺ في بيتي وفي يومي»[2] .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٩١٤) ٥: ١٩٩٩ كتاب النكاح، باب المرأة تهب يومها من زوجها لضرتها وكيف يقسم ذلك.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٦٣) ٢: ١٠٨٥ كتاب الرضاع، باب جواز هبتها نوبتها لضرتها.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤١٨٤) ٤: ١٦١٦ كتاب المغازي، باب مرض النبي ﷺ ووفاته.

وإنما قبض النبي عليه السلام نهارًا .

ويتبع اليوم الليلة ؛ لأن النهار تابع لليل . ولهذا يكون أول الشهر الليل .

ولو نذر اعتكاف شهر دخل معتكفه قبل غروب شمس الشهر الذي قبله ، ويخرج منه بعد غروب شمس آخر يوم منه فيبدأ بالليل وإن أحب أن يجعل النهار مضافاً إلى الليل الذي يتعقبه جاز ؛ لأن ذلك لا يتفاوت .

مسألة : (**ولو وطئ زوجته ولم يطأ الأخرى فليس بعاص**) .

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أنه لا يجب التسوية بين النساء في الجماع ؛ لأن الجماع طريقه الشهوة والميل ولا سبيل إلى التسوية بينهن في ذلك فإن قلبه قد يميل إلى إحداهما دون الأخرى . قال الله تعالى : ﴿ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم﴾ [النساء: ١٢٩] يعني في الحب والجماع . وإن أمكنت التسوية بينهما في الجماع كان أحسن وأولى فإنه أبلغ في العدل . وقد كان النبي ﷺ يقسم بينهن فيعدل ثم يقول : «اللهم! هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما لا أملك»(١) وروي أنه كان يسوي بينهن حتى في القبل . ولا تجب التسوية بينهن في الاستمتاع بما دون الفرج من القبل واللمس ونحوهما ؛ لأنه إذا لم تجب التسوية في الجماع ففي دواعيه أولى .

مسألة : (**ويقسم لزوجته الأمة ليلة وللحرة ليلتين وإن كانت كتابية**) .

وبهذا قال علي بن أبي طالب وسعيد بن المسيب والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه ؛ لما روي عن علي أنه كان يقول : «إذا تزوج الحرة على الأمة قسم للأمة ليلة وللحرة ليلتين»(٢) . رواه الدارقطني واحتج به أحمد .

ولأن الحرة يجب تسليمها ليلاً ونهاراً فكان حظها أكثر في الإيواء .

والمسلمة والكتابية سواء في القسم فلو كانت له امرأتان أمة مسلمة وحرة كتابية قسم للأمة ليلة وللحرة ليلتين ، وإن كانتا جميعاً حرتين فليلة وليلة .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٥٢٢.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (١٤٨) ٣: ٢٨٥ كتاب النكاح ، باب المهر.

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن القسم بين المسلمة والذمية سواء . وذلك لأن القسم من حقوق الزوجية فاستوت فيه المسلمة والكتابية كالنفقة والسكنى ويفارق الأمة ؛ لأنها لا يتم تسليمها ولا يحصل لها الإيواء التام بخلاف الكتابية .

مسألة : **(وإذا سافرت زوجته بإذنه فلا نفقة لها ولا قسم وإن كان هو أشخصها فهي على حقها من ذلك)** .

أما إذا سافرت في حاجتها بإذن زوجها لتجارة لها أو زيارة أو حج تطوع أو عمرة تطوع لم يبق لها حق في نفقة ولا قسم . كذا ذكر الخرقي والقاضي . وقال أبو الخطاب : فيه وجهان وللشافعي فيه قولان :

أحدهما : لا يسقط حقها ؛ لأنها سافرت بإذنه أشبه ما لو سافرت معه . ووجه الأول وهو أصح أن القسم للأنس والنفقة للتمكين من الاستمتاع وقد تعذر ذلك بسبب من جهتها فسقطا كما لو تعذر ذلك قبل دخوله بها ، وفارق ما إذا سافرت معه ؛ لأنه لم يتعذر ذلك ويحتمل أن يسقط القسم وجهاً واحداً ؛ لأنه لو سافر عنها لسقط قسمها والتعذر من جهته فإذا تعذر من جهتها بسفرها كان أولى ويكون في النفقة الوجهان . وهذا تنبيه على سقوطهما إذا سافرت بغير إذنه فإنه إذا سقط حقها من ذلك لعدم[1] التمكين بأمر ليس فيه نشوز ولا معصية فلأن يسقط بالنشوز والمعصية أولى وهذا لا خلاف فيه . وأما إن أشخصها وهو أن يبعثها لحاجته أو يأمرها بالنقلة من بلدها لم يسقط حقها من نفقة ولا قسم ؛ لأنها لم تفوت عليه التميكن ولا فات من جهتها وإنما حصل بتفويته فلم يسقط حقها كما لو أتلف المشتري المبيع لم يسقط حق البائع من تسليم ثمنه إليه . فعلى هذا يقضى لها بحسب ما أقام عند ضرتها وإن سافرت معه فهي على حقها منهما جميعاً .

مسألة : **(وإذا أراد سفراً فلا يخرج معه منهن إلا بقرعة فإذا قدم ابتدأ القسم بينهن)** .

---

(١) في الأصل: لعذر. وما أثبتناه من المغني ٨: ١٥٥.

أما إذا أراد الزوج السفر فأحب حمل نسائه معه كلهن أو تركهن كلهن لم يحتج إلى قرعة ؛ لأن القرعة لتعيين المخصوصة منهن بالسفر وهاهنا قد سوى ، وإن أراد السفر ببعضهن لم يجز له أن يسافر بها إلا بقرعة وهذا قول أكثر أهل العلم ، وحكي عن مالك أن له ذلك من غير قرعة وليس بصحيح فإن عائشة روت «أن النبي ﷺ كان إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه وأيتهن خرج سهمها خرج بها معه»[1] متفق عليه .

ولأن في المسافرة ببعضهن من غير قرعة تفضيلاً لها وميلاً إليها فلم يجز بغير قرعة كالبداءة بها في القسم .

وإن أحب المسافرة بأكثر من واحدة أقرع أيضاً فقد روت عائشة «أن النبي ﷺ كان إذا خرج أقرع بين نسائه فكانت القرعة لعائشة وحفصة»[2] .

ومتى سافر بأكثر من واحدة سوى بينهن كما يسوي بينهن في الحضر ولا يلزمه القضاء للحاضرات بعد قدومه ، وهذا معنى قول الخرقي فإذا قدم ابتدأ القسم بينهن وهذا قول أكثر أهل العلم ؛ لأن عائشة لم تذكر قضاء في حديثها .

ولأن هذه التي سافر بها يلحقها من مشقة السفر بإزاء ما حصل لها من السكن ، ولا يحصل لها من السكن مثل ما يحصل في الحضر فلو قضى للحاضرات لكان قد مال على المسافرة كل الميل ، لكن إن سافر بإحداهن بغير قرعة أثم وقضى للبواقي بعد سفره وبهذا قال الشافعي ؛ لأنه خص بعضهن بمدة على وجه تلحقه التهمة فيه فلزمه القضاء كما لو كان حاضراً .

إذا ثبت هذا فينبغي أن يلزمه قضاء المدة وإنما يقضي منها ما أقام منها معها بمبيت ونحوه وأما زمان السير فلم يحصل لها منه إلا التعب والمشقة فلو جعل للحاضرة في مقابلة ذلك مبيتاً عندها واستمتاعاً بها لمال كل الميل .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٥٣) ٢: ٩١٦ كتاب الهبة ، باب هبة المرأة لغير زوجها وعتقها...
وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٧٧٠) ٤: ٢١٢٩ كتاب التوبة، باب في حديث الإفك وقبول توبة القاذف.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٩١٣) ٥: ١٩٩٩ كتاب النكاح، باب القرعة بين النساء إذا أراد سفرًا.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٤٤٥) ٤: ١٨٩٤ كتاب فضائل الصحابة، باب فضل عائشة رضي الله عنها.

مسألة : **(وإذا عرس عند بكر أقام عندها سبعاً ثم دار ولا يحتسب عليها بما أقام عندها ، وإن كانت ثيباً أقام عندها ثلاثاً ثم دار ولا يحتسب عليها أيضاً[1] بما أقام عندها)** .

مسألة : **(وإذا ظهر منها ما يخاف معه نشوزها وعظها فإن أظهرت نشوزاً هجرها . فإن أردعها وإلا فله أن يضربها ضرباً لا يكون مبرحاً)** .

مسألة : **(والزوجان إذا وقعت بينهما العداوة وخشي عليهما أن يخرجهما ذلك إلى العصيان بعث الحاكم حكما من أهله وحكماً[2] من أهلها مأمونين برضى الزوجين وتوكيلهما بأن يجمعا إن رأيا أو يفرّقا فما فعلا من ذلك لزمهما)** .

أما الزوجان إذا وقع بينهما شقاق نظر الحاكم فإن بان له أنه من المرأة فهو نشوز قد مضى حكمه ، وإن بان أنه من الرجل أسكنهما إلى جانب ثقة يمنعه من الإضرار بها والتعدي عليها . وكذلك إن بان من كل واحد منهما تعد أو ادعى كل واحد منهما أن الآخر ظلمه أسكنهما إلى جانب من يشرف عليهما ويلزمهما الإنصاف ، فإن لم يتهيأ ذلك وتمادى الشر بينهما وخيف الشقاق والعصيان بعث الحاكم حكماً من أهله وحكماً من أهلها فنظرا بينهما وفعلا ما يريان المصلحة فيه من جمع أو تفريق ؛ لقول الله تعالى : ﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها إن يريدا إصلاحًا يوفق الله بينهما﴾ [النساء:٣٥] .

واختلفت الرواية عن أحمد في الحكمين ففي إحدى الروايتين عنه أنهما وكيلان لا يملكان التفريق إلا بإذنهما ، وهذا مذهب عطاء وأحد قولي الشافعي وحكي ذلك عن الحسن وأبي حنيفة ؛ لأن البضع حقه والمال حقهما وهما رشيدان فلا يجوز لغيرهما التصرف إلا بوكالة منهما أو بولاية عليهما .

والثانية : أنهما حاكمان ولهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق بعوض وغير عوض ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاهما . روي هذا عن علي

(١) سقط من هنا صفحة من مصورة الأصل وقد استدرك بقية المتن من المغني ٨: ١٥٩.
(٢) إلى هنا ينتهي النقل من المغني.

وابن عباس وبه قال مالك وابن المنذر وإسحاق ؛ لقوله تعالى : ﴿فابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها﴾ [النساء :٣٥] فسماهما حكمين ولم يعتبر رضى الزوجين ثم قال : ﴿إن يريدا إصلاحًا﴾ [النساء :٣٥] فخاطب الحكمين بذلك .

وروى أبو بكر بإسناده عن عبيدة السلماني «أن رجلاً وامرأة أتيا علياً مع كل واحدٍ منهما فئام من الناس . فقال علي : ابعثوا حكماً من أهله ، وحكماً من أهلها . فبعثوا حكمين . ثم قال علي للحكمين : هل تدريان ما عليكما من الحق؟ عليكما من الحق إن رأيتما أن تجمعا جمعتُما وإن رأيتما أن تُفرِّقا فرَّقتما . فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله عليّ ولي . فقال الرجل : أما الفُرقَة فلا . فقال علي : كذبتَ حتى ترضَى بما رَضِيَتْ به»[1] . وهذا يدل على أنه أجبره على ذلك .

ويروى «أن عقيلاً تزوج فاطمة بنت عتبة فتخاصما فجمعت ثيابها ومضت إلى عثمان فبعث حكماً من أهله عبدالله بن عباس وحكماً من أهلها معاوية فقال ابن عباس : لأفرقن بينهما ، وقال معاوية : ما كنتُ لأفرِّقُ بين شخصين من بني عبد مناف ، فلما بلغا الباب كانا قد أغلقا الباب واصطلحا»[2] ولا يمتنع أن تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه من أداء الحق كما يقضى الدين عنه من ماله إذا امتنع ويطلق الحاكم على المولي إذا امتنع .

إذا ثبت هذا فإن الحكمين لا يكونا إلا عاقلين بالغين عدلين مسلمين ؛ لأن هذه من شروط العدالة سواء قلنا هما حاكمان أو وكيلان ؛ لأن الوكيل إذا كان متعلقاً بنظر الحاكم لم يجز أن يكون إلا عدلاً كما لو نصب وكيلاً لصبي أو مفلس ويكونان ذكرين ؛ لأنه يفتقر إلى الرأي والنظر . قال القاضي : ويشترط كونهما حرين وهو مذهب الشافعي ؛ لأن العبد عنده لا تقبل شهادته فتكون الحرية من شروط العدالة . والأولى أن يقال إن كانا وكيلين لم تعتبر الحرية ؛ لأن توكيل العبد جائز وإن كانا حكمين اعتبرت الحرية ؛ لأن الحاكم لا يجوز أن يكون عبداً ويعتبر

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (١٨٨-١٨٩) ٣: ٢٩٥ كتاب النكاح، باب المهر.
وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١١٨٨٣) ٦: ٥١٢ كتاب الطلاق ، باب الحكمين.

(٢) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١١٨٨٧) ٦: ٥١٣ كتاب الطلاق ، باب الحكمين.

أن يكونا عالمين بالجمع والتفريق؛ لأنهما يتصرفان في ذلك فيعتبر علمهما به والأولى أن يكونا من أهلهما لأمر الله بذلك.

ولأنهما أشفق وأعلم بالحال فإن كانا من غير أهلهما[1] جاز؛ لأن القرابة ليست شرطاً في الحكم ولا الوكالة فكان الأمر بذلك إرشاداً واستحباباً فإن قلنا هما وكيلان فلا يفعلان شيئاً حتى يأذن الرجل لوكيله فيما يراه من طلاق أو صلح وتأذن المرأة لوكيلها في الخلع والصلح على ما يراه فإن امتنعا من التوكيل لم يجبر وإن قلنا إنهما حاكمان فإنهما يمضيان ما يريانه من طلاق وخلع فينفذ ذلك عليهما رضياه أو أبياه.

مسألة: **(والمرأة إذا كانت مبغضة للرجل وتكره أن تمنعه ما تكون عاصية بمنعه فلا بأس أن تفتدي نفسها منه)**.

أما إذا كرهت المرأة زوجها لخَلقِه أو خُلقِه أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك وخشيت أن لا تؤدي حق الله في طاعته جاز لها أن تخالعه على عوض تفتدي به نفسها منه؛ لقول الله: ﴿فإن خفتم أن لا يُقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة: ٢٢٩].

وروي «أن رسول الله ﷺ خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس. فقال رسول الله ﷺ: ما شأنك؟ فقالت: لا أنا ولا ثابت - لزوجها-. فلما جاء ثابت قال له رسول الله ﷺ: هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله أن تذكر. وقالت حبيبة: يا رسول الله كلما أعطاني عندي. فقال رسول الله ﷺ لثابت بن قيس: خذ منها. فأخذ منها وجلست في أهلها»[2] وهذا حديث صحيح ثابت الإسناد رواه الأئمة مالك وأحمد.

---

(١) في الأصل: من غيرهما. وما أثبتناه من المغني ٨: ١٧١.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٢٧) ٢: ٢٦٨ كتاب الطلاق، باب في الخلع.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٤٦٢) ٦: ١٦٩ كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخلع.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٦٨٩٨) طبعة إحياء التراث.
وأخرجه مالك في الموطأ (٣١) ٢: ٤٤٢ كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخلع.

وفي روايةٍ للبخاري قال: «جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله! ما أَنقِمُ على ثابت في دين ولا خُلُق إلا أني أخافُ الكفر. فقال رسول الله ﷺ: أتَرُدِين عليه حديقتَه؟ قالت: نعم. فردّت عليه. فأمرهُ بفراقها»[1].

وفي رواية: «فقال له: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»[2].

وبهذا قال جميع الفقهاء بالحجاز والشام.

إذا ثبت هذا فإن هذا يسمى خلعاً؛ لأن المرأة تنخلع من لباس زوجها قال الله: ﴿هن لباس لكم وأنتم لباس لهن﴾ [البقرة:١٨٧]، ويسمى افتداء؛ لأنها تفتدي نفسها بمال تبذله قال الله: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة:٢٢٩].

فصل

ولا بأس بالخلع في الحيض والطهر الذي أصابها فيه؛ لأن المنع من الطلاق في الحيض من أجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة والخلع لإزالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه وذلك أعظم من ضرر طول العدة فجاز دفع أعلاهما بأدناهما ولذلك لم يسأل النبي ﷺ المختلعة عن حالها.

ولأن ضرر تطويل العَدة عليها والخلع يحصل بسؤالها فيكون ذلك رضى منها به ودليلاً على رجحان مصلحتها فيه.

مسألة: **(ولا يستحب له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها)**.

هذا القول يدل على صحة الخلع بأكثر من الصداق وأنهما إذا تراضيا على الخلع بشيء صح وهذا قول أكثر أهل العلم، وروي هذا عن عثمان وابن عمر

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٩٧٣) ٥: ٢٠٢٢ كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه.
(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٩٧١) ٥: ٢٠٢١ الموضع السابق.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٤٦٣) ٦: ١٦٩ كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخلع.

وابن عباس وأبي حنيفة ومالك والشافعي . ويروى عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا : «لو اختلعت امرأة من زوجها بميراثها وعقاص رأسها كان ذلك جائزًا»[1] .

وقال الزهري وطاووس : لا يأخذ أكثر مما أعطاها ، وروي ذلك عن علي بإسناد منقطع واختاره أبو بكر عبدالعزيز قال[2] : فإن فعل رد الزيادة . واحتجوا بما روي «أن جميلة بنت سلول أتت النبي ﷺ فقالت : والله! ما أعيب على ثابت في دين ولا خلق . ولكن أكره الكفر في الإسلام . لا أطيقه بُغْضًا . فقال لها رسول الله ﷺ : أتردين عليه حديقته؟ قالت : نعم . فأمره النبي ﷺ أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد»[3] رواه ابن ماجة .

ولأنه بدل في مقابلة فسخ . فلم يزد على قدره في ابتداء العقد ؛ كالعوض في الإقالة .

والمذهب الأول ؛ لقول الله تعالى : ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة :٢٢٩] .

ولأنه قول من سمينا من الصحابة .

قالت الربيع بنت معوذ : «اختلعت من زوجي بما دون عقاص رأسي . فأجاز ذلك علي وعثمان بن عفان»[4] . ومثل هذا يشتهر فلم ينكر فيكون إجماعاً ولم يصح عن[5] علي خلافه .

إذا ثبت هذا فإنه لا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاها وبهذا قال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي فإن فعل جاز مع الكراهة لحديث جميلة .

---

(١) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١١٨٥٣) ٦: ٥٠٥ كتاب الطلاق، باب المفتدية بزيادة على صداقها.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٣١٥ كتاب الخلع والطلاق، باب الوجه الذي تحل به الفدية.

(٢) زيادة من المغني ٨: ١٧٥.

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٥٦) ١: ٦٦٣ كتاب الطلاق، باب المختلعة تأخذ ما أعطاها.

(٤) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١١٨٥٠) ٦: ٥٠٤ كتاب الطلاق ، باب المفتدية بزيادة على صداقها .
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٣١٥ كتاب الخلع والطلاق ، باب الوجه الذي تحل به الفدية .

(٥) في الأصل: على . وما أثبتناه من المغني ٨: ١٧٦.

وروى عطاء عن النبي ﷺ «أنه كره أن يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاها»[1] . رواه أبو حفص بإسناده .

وهو صريح في الحكم ، فيجمع بين الآية والخبر . فنقول الآية دالة على الجواز والنهي عن الزيادة للكراهة .

مسألة : **(ولو خالعته لغير ما ذكرنا كره لها ذلك ووقع الخلع)** .

وفي بعض النسخ بغير ما ذكرنا بالباء فيحتمل أنه أراد بأكثر من صداقها وقد ذكرنا ذلك في المسألة التي قبل هذه والظاهر أنه أراد إذا خالعته لغير بغض وخشية من أن لا تقيم حدود الله ؛ لأنه لو أراد الأول لقال كره له فلما قال كره لها دل على أنه أراد مخالعتها له والحال عامرة والأخلاق ملتئمة فإنه يكره لها ذلك فإن فعلت صح الخلع في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة ومالك والأوزاعي والشافعي ، ويحتمل كلام أحمد تحريمه فإنه قال : الخلع مثل حديث سهلة تكره الرجل فتعطيه المهر ، فهذا الخلع ، وهذا يدل على أنه لا يكون الخلع صحيحاً إلا في هذه الحال وهذا قول ابن المنذر ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا أن لا يقيما حدود الله﴾ [البقرة:٢٢٩] وهذا صريح في التحريم إذا لم يخافا أن لا يقيما حدود الله ثم قال : ﴿فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة:٢٢٩] فدل بمفهومه على أن الجناح لاحق بهما إذا افتدت من غير خوف ثم غلظ الوعيد فقال : ﴿تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون﴾ [البقرة:٢٢٩] .

وروى ثوبان قال : قال رسول الله ﷺ : «أيما امرأةٍ سألت زوجَها الطلاقَ من غير ما بأس فحرامٌ عليها رائحةُ الجنة»[2] رواه أبو داود .

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه ٣: ٢٥٥ كتاب النكاح، باب المهر.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٣١٤ كتاب الخلع والطلاق، باب الوجه الذي تحل به الفدية.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٢٦) ٢: ٢٦٨ أبواب الطلاق ، باب في الخلع .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٨٧) ٣: ٤٩٣ كتاب الطلاق ، باب ما جاء في المختلعات .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٥٥) ١: ٦٦٢ كتاب الطلاق ، باب كراهية الخلع للمرأة .
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٢٤٩٣) ٥: ٢٨٣.

وهذا يدل على تحريم المخالعة لغير حاجة .

ولأنه إضرار بها وبزوجها وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة . فحرم ؛ لقوله عليه السلام : «لا ضررَ ولا إضرار»[1] .

مسألة : **(والخلع فسخ في إحدى الروايتين ، والرواية الأخرى أنه تطليقة بائنة)** .

اختلفت الرواية عن أحمد في الخلع ففي إحدى الروايتين أنه فسخ ، وهذا اختيار أبي بكر وقول ابن عباس وطاووس وعكرمة وإسحاق وأبي ثور وأحد قولي الشافعي .

والرواية الثانية : أنه تطليقة بائنة وهو قول سعيد بن المسيب وأبي حنيفة ومالك والشافعي في الجديد ، وقد روي عن عثمان وعلي وابن مسعود لكن ضعف أحمد الحديث عنهم وقال : ليس لنا في الباب شيء أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ ، واحتج ابن عباس بقوله تعالى : ﴿الطلاق مرتان﴾ [البقرة :٢٢٩] ، ثم قال : ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة :٢٢٩] ، ثم قال : ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره﴾ [البقرة :٢٣٠] فذكر تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها . فلو كان الخلع طلاقًا لكان رابعًا .

ولأنها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته . فكان فسخًا ؛ كسائر الفسوخ .

ووجه الثانية : أنها بذلت العوض للفرقة ، والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ . فوجب أن يكون طلاقاً .

ولأنه أتى بكناية الطلاق قاصداً فراقها . فكان طلاقاً ؛ كغير الخلع .

ومحل الروايتين فيما إذا كان بلفظ الخلع أو المفاداة غير ناو به الطلاق ولا خلاف عن أحمد فيما علمنا أنه متى كان بلفظ الطلاق أو غيره ناوياً به الطلاق أنه طلاق ، فأما فائدة الروايتين أنا إذا قلنا : هو طلقة فخالعها قلنا لم تحل له حتى

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٨٥) ٤: ٢٢٨ كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك.

تنكح زوجاً غيره ، وإن قلنا : هو فسخ لم تحرم عليه ، وإن خالعها مائة مرة ، وتبين بالخلع على الروايتين جميعاً .

مسألة : **(ولا يقع بالمعتدة من الخلع طلاق ولو واجهها به)** .

أما المختلعة فلا يلحقها طلاق بحال وبه قال ابن عباس وابن الزبير ومالك والشافعي ؛ لأنها لا تحل له إلا بنكاح جديد . فلم يلحقها طلاقه ؛ كالمطلقة قبل الدخول والمنقضية عدتها .

ولأنه لا يملك بضعها فلم يلحقها طلاقه كالأجنبية .

ولأنها لا يقع بها الطلاق المرسل ولا تطلق بالكناية فلم يلحقها الصريح المعين كما قبل الدخول .

ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا نعرف لهما مخالفاً في عصرهما . ولا فرق بين أن يواجهها به فيقول : أنت طالق أو لا يواجهها به مثل أن يقول : فلانة طالق .

مسألة : **(وإذا قالت له : اخلعني على ما في يدي من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء لزمها ثلاثة دراهم)** .

أما الخلع بالمجهول فصحيح في ظاهر المذهب وله ما جعل له وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه . وقال أبو بكر : لا يصح الخلع ولا شيء له ؛ لأنه معاوضة فلا يصح بالمجهول كالبيع .

والأول أصح ؛ لأن الطلاق معنى يجوز تعليقه بالشرط فجاز أن يستحق به العوض المجهول كالوصية .

ولأن الخلع إسقاط لحقه من البضع وليس فيه تمليك شيء ، والإسقاط تدخله المسامحة ولذلك جاز من غير عوض بخلاف النكاح ، وإذا صح الخلع فلا يجب مهر المثل ؛ لأنها لم تبذله ولا فوتت عليه ما يوجبه فإن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل ما لو أخرجته من ملكه بردتها أو إرضاعها لمن ينفسخ به نكاحها لم يجب عليها شيء ، ولو قتلت نفسها أو قتلها أجنبي لم يجب للزوج عوض عن بضعها ، ولو وطئت بشبهة أو مكرهة لوجب المهر لها دون الزوج ولو طاوعت لم

يكن للزوج شيء وإنما يتقوم البضع على الزوج في النكاح خاصة وأبيح لها افتداء نفسها لحاجتها إلى ذلك فيكون الواجب ما رضيت ببذله وأما إيجاب شيء لم ترض به فلا وجه له .

فعلى هذا إن خالعها على ما في يدها من الدراهم صح فإن كان في يدها دراهم فهي له ، وإن لم يكن في يدها شيء فله عليها ثلاثة نص عليه أحمد ؛ لأنه أقل ما يقع عليه اسم الدراهم حقيقة ولفظها دل على ذلك فاستحقه كما لو وصى له بدراهم ، وإن كان في يدها أقل من ثلاثة احتمل أن لا يكون له غيره ؛ لأنه من الدراهم وهو في يدها واحتمل أن يكون له ثلاثة كاملة لأن اللفظ يقتضيها فيما إذا لم يكن في يدها شيء فكذلك إذا كان في يدها .

مسألة : **(وإن خالعها على غير عوض كان خلعاً ولا شيء له)** .

اختلفت الرواية عن أحمد في الخلع بغير عوض فروي عنه صحة الخلع بغير عوض وهو قول مالك ؛ لأنه قطع للنكاح فصح من غير عوض كالطلاق .

ولأن الأصل في مشروعية الخلع أن يوجد من المرأة رغبة عن زوجها وحاجة إلى فراقه فتسأله فراقها فإذا أجابها حصل المقصود من الخلع فصح كما لو كان بعوض .

قال أبو بكر : لا خلاف عن أبي عبدالله أن الخلع ما كان من قبل النساء فإذا كان من قبل الرجال فلا نزاع في أنه طلاق تملك به الرجعة ولا يكون فسخاً .

والرواية الثانية : لا يكون خلع إلا بعوض ، روى عنه مهنا : إذا قال : اخلعي نفسك فقالت : خلعت نفسي لم يكن خلعاً إلا على شيء إلا أن يكون نوى الطلاق فيكون ما نوى .

فعلى هذه الرواية لا يصح الخلع إلا بعوض فإن تلفظ به بغير عوض ونوى الطلاق كان طلاقاً رجعياً ؛ لأنه يصلح كناية عن الطلاق ، وإن لم ينو به الطلاق لم يكن شيئاً وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ؛ لأن الخلع إن كان فسخاً فلا يملك الزوج فسخ النكاح إلا بعيبها وكذلك لو قال : فسخت النكاح و لم ينو به الطلاق لم يقع شيء بخلاف ما إذا دخله العوض فإنه يصير معاوضة فلا يجتمع له العوض

والمعوض ، وإن قلنا الخلع طلاق فليس بصريح فيه اتفاقاً وإنما هو كناية والكناية لا يقع بها الطلاق إلا بنية أو بذل للعوض فيقوم مقام النية وما وجد واحد منهما ثم إن وقع الطلاق فإذا لم يكن بعوض لم يقتض البينونة إلا أن تكمل الثلاث .

مسألة : **(ولو خالعها على ثوب فخرج معيباً فهو مخير بين أن يأخذ أرش العيب أو قيمة الثوب ويرده)** .

ومعناه أن الخلع يستحق فيه رد عوضه بالعيب أو أخذ الأرش ؛ لأنه عوض في معاوضة فيستحق فيه ذلك كالبيع والصداق ، ولا يخلو إما أن يكون على معين مثل أن تقول : اخلعني على هذا الثوب فيقول : خالعتك ثم تجد به عيباً لم يكن علم به فهو مخير بين رده وأخذ قيمته وبين أخذ أرشه . وإن قال : إن اعطيتني هذا الثوب فأنت طالق فأعطته إياه طلقت وملكه . قال أصحابنا : والحكم فيه كما لو خالعها عليه وهذا مذهب الشافعي إلا أنه لا يجعل له المطالبة بالأرش مع إمكان رده وعن أحمد مثله وهذا أصل ذكرناه في البيع . وإن خالعها على ثوب موصوف في الذمة واستقصى صفات السلم صح وعليها أن تعطيه إياه سليماً ؛ لأن إطلاق ذلك يقتضي السلامة كما في البيع والصداق ، فإن دفعته إليه معيباً أو ناقصاً عن الصفات المذكورة فله الخيار بين إمساكه أو رده والمطالبة بثوب سليم على تلك الصفات ؛ لأنه إنما وجب في الذمة سليماً تام الصفات فيرجع بما وجب له ؛ لأنها ما أعطته الذي وجب له عليها ، وإن قال : إن أعطيتني ثوباً صفته كذا وكذى فأعطته ثوباً على تلك الصفات طلقت وملكه ، وإن أعطته ناقصاً صفة لم يقع الطلاق و لم يملكه ؛ لأنه ما وجد الشرط . فإن كان على الصفة لكن به عيب وقع الطلاق لوجود شرطه . قال القاضي : ويخير بين إمساكه ورده والرجوع بقيمته وهذا قول الشافعي .

مسألة : **(وإذا خالعها على عبد فخرج حراً أو استحق فله عليها قيمته)** .

أما إذا خالع امرأته على عوض يظنه مالاً فبان غير مال مثل أن يخالعها على عبد بعينه فيبين حراً أو مغصوباً أو على خل فيبين خمراً أن الخلع صحيح في قول أكثر أهل العلم ؛ لأن الخلع معاوضة بالبضع فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح

ولكنه يرجع عليها بقيمته لو كان عبداً وبهذا قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن ، وإن خالعها على هذا الدن الخل فبان خمراً رجع عليها بمثله خلاً ؛ لأن الخل من ذوات الأمثال ، وقد دخل على أن هذا المعين خل فكان له مثله كما لو كان خلاً فتلف قبل قبضه ، وقد قيل يرجع بمثل قيمته خلاً ؛ لأن الخمر ليس من ذوات الأمثال والصحيح الأول ؛ لأنه إنما وجب عليها مثله لو كان خلاً كما يوجب قيمة الحر بتقدير كونه عبداً فإن الحر لا قيمة له .

مسألة : **(وإذا قالت له طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة لم يكن له شيء ولزمتها تطليقة)** .

أما وقوع الطلاق بها فلا خلاف فيه ، وأما الألف فلا يستحق منه شيئاً ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي : له ثلث الألف ولأصحابنا وجه كمذهبهم ؛ لأنها استدعت منه فعلاً بعوض فإذا فعل بعضه استحق بقسطه من العوض كما لو قال : من رد عبيدي فله ألف درهم فرد ثلثهم استحق ثلث الألف وكذلك في بناء الحائط وخياطة الثوب .

ووجه قول الخرقي وهو أصح أنها بذلت العوض في مقابلة شيء لم يجبها إليه فلم يستحق شيئاً كما لو قال في المسابقة : من سبق إلى خمس إصابات فله ألف فسبق إلى بعضها ، أو قالت : بعني عبدك بألف فقال : بعتك أحدهما بخمسمائة . وكما لو قالت طلقني ثلاثاً على ألف فطلقها واحدة فإن أبا حنيفة وافقنا في هذه الصورة على أنه لا يستحق شيئاً .

فإن قيل : الفرق بينهما أن الباء للعوض دون الشرط وعلى للشرط فكأنها شرطت في استحقاقه الألف أن يطلقها ثلاثاً .

قلنا : لا نسلم أن على للشرط فإنها ليست مذكورة في حروفه وإنما معناها ومعنى الباء واحد وقد سوي بينهما فيما إذا قالت : طلقني وضرتي بألف أو على ألف ومقتضى اللفظ لا يختلف بكون المطلقة واحدة أو اثنتين . وإذا قلنا لا يستحق شيئاً من الألف وقع الطلاق رجعياً نص عليه ؛ لأنه خلا عن العوض فأشبه غيره من الطلاق بغير عوض .

مسألة : **(وإذا خالعته الأمة بغير إذن سيدها على شيء معلوم كان الخلع واقعاً ويتبعها إذا عتقت بمثله إن كان له مثل وإلا قيمته)** .

هذه المسألة تشتمل على ثلاثة أحكام :

الأول : أن الخلع مع الأمة صحيح سواء كان بإذن سيدها أو بغير إذنه ؛ لأن الخلع يصح مع الأجنبي فمع الزوجة أولى ويكون طلاقها على عوض بائناً والخلع معها كالخلع مع الحرة سواء[1] .

الحكم الثاني : أن الخلع إذا كان بغير إذن سيدها على شيء في ذمتها فإنه يتبعها إذا عتقت ؛ لأنه رضي بذمتها وإن كان على عين فالذي ذكر الخرقي أنه يثبت في ذمتها مثله أو قيمته إن لم يكن مثلياً ؛ لأنها لا تملك العين وما في يدها من شيء فهو لسيدها فيلزمها بذل ذلك كما لو خالعها على عبد فخرج حراً أو مستحقاً وقياس المذهب أنه لا شيء له ؛ لأنه إذا خالعها على عين وهو يعلم أنها أمة فقد علم أنها لا تملك العين فيكون راضياً بغير عوض فلا يكون له شيء كما لو قال : خالعتك على هذا المغصوب أو على هذا الحر وكذلك ذكر القاضي في المجرد قال : هو كالخلع على المغصوب ؛ لأنها لا تملكها وهذا قول مالك ويمكن حمل كلام الخرقي على أنها ذكرت لزوجها أن سيدها أذن لها في الخلع بهذه العين ولم تكن صادقة أو جهل أنها لا تملك العين أو يكون اختياره فيما إذا خالعها على مغصوب أنه يرجع عليها بقيمته ويكون الرجوع عليها في حال عتقها ؛ لأنه الوقت الذي تملك فيه فهي كالمعسر يرجع عليه في حال يساره ويرجع بقيمته أو مثله ؛ لأنه مستحق تعذر تسليمه مع بقاء سبب الاستحقاق فوجب الرجوع بمثله أو قيمته كالمغصوب .

الحكم الثالث : إذا كان الخلع بإذن السيد تعلق العوض بذمته هذا قياس المذهب كما لو أذن لعبده في الاستدانة .

(١) زيادة من المغني ٨: ٢١٣.

قال صاحب المغني : ويحتمل أن يتعلق برقبة الأمة ، وإن خالعته على معين بإذن السيد فيه ملكه ، وإن أذن في قدر من المال فخالعت بأكثر منه فالزيادة في ذمتها ، وإن أطلق الإذن اقتضى الخلع بالمسمى لها فإن خالعته به أو بما دونه لزم السيد ، وإن كان بأكثر منه تعلقت الزيادة بذمتها كما لو عين لها قدراً فخالعت بأكثر منه وإن كان مأذوناً لها في التجارة سلمت العوض مما في يدها .

فصل

وإن قالت له امرأته : طلقني وضرتي بألف فطلقهما وقع الطلاق بهما بائناً واستحق الألف على باذلته ؛ لأن الخلع مع الأجنبي جائز ، وإن طلق إحداهما فقال القاضي : تطلق طلاقاً بائناً ويلزم الباذلة بحصتها من الألف وهذا مذهب الشافعي وقياس قول أصحابنا فيما إذا قالت : طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة لم يلزمها شيء ووقع بها التطليقة أن لا يلزم الباذلة هاهنا شيء ؛ لأنه لم يجبها إلى ما سألت فلم يجب عليها ما بذلت .

ولأنه قد يكون غرضها في بينونتهما جميعاً منه فإذا طلق إحداهما لم يحصل غرضها فلا يلزمها عوضها .

فصل

إذا قال الأب : طلق ابنتي وأنت بريء من صداقها فطلقها وقع الطلاق رجعياً ولم يبرأ من شيء ولم يرجع على الأب ولم يضمن له ؛ لأنه أبرأه مما ليس له الإبراء منه فأشبه الأجنبي . قال القاضي : وقد قال أحمد أنه يرجع على الأب قال : وهذا محمول على أن الزوج كان جاهلاً بأن إبراء الأب لا يصح فكان له الرجوع عليه ؛ لأنه غره فرجع عليه كما لو غره فزوجه معيبة ، وإن علم أن إبراء الأب لا يصح لم يرجع بشيء ، ويقع الطلاق رجعياً ؛ لأنه خلا عن العوض ، وفي الموضع الذي يرجع عليه يقع الطلاق بائناً ؛ لأنه بعوض فإن قال الزوج : هي طالق إن أبرأتني من صداقها فقال : قد أبرأتك لم يقع الطلاق ؛ لأنه لا يبرأ ، وروي عن أحمد أن الطلاق واقع فيحتمل أنه أوقعه إذا قصد الزوج تعليق الطلاق على مجرد التلفظ

بالإبراء دون حقيقة البراءة . وإن قال الزوج : هي طالق إن برئت من صداقها لم يقع ؛ لأنه علقه على شرط لم يوجد ، وإن قال الأب : طلقها على ألف من مالها وعلي الدرك فطلقها طلقت بائناً ؛ لأنه بعوض وهو ما لزم الأب من ضمان الدرك ولا يملك الألف ؛ لأنه ليس له بذلها .

مسألة : **(وما خالع العبد به زوجته من شيء جاز وهو لسيده)** .

كل زوج صح طلاقه صح خلعه ؛ لأنه إذا ملك الطلاق وهو مجرد إسقاط من غير تحصيل شيء فلأن يملكه محصلاً للعوض أولى والعبد يملك الطلاق فيملك الخلع وكذلك المكاتب والسفيه ، وفي الصبي المميز وجهان بناء على صحة طلاقه ، ومن لا يصح طلاقه كالطفل والمجنون لا يصح خلعه ؛ لأنه ليس من أهل التصرف فلا حكم لكلامه ومتى خالع العبد كان العوض لسيده ؛ لأنه من اكتسابه واكتسابه لسيده وسائر من ذكرنا العوض لهم ويجب تسليم العوض إلى سيد العبد وولي المحجور عليه ؛ لأن العوض في خلع العبد ملك لسيده فلم يجز تسليمه إلى غيره إلا بإذنه . وولي المحجور عليه هو الذي يقبض حقوقه وأمواله وهذا من حقوقه ، وأما المكاتب فيدفع العوض إليه ؛ لأنه يتصرف لنفسه . وقال القاضي : يصح قبض العبد والمحجور عليه للعوض ؛ لأن من صح خلعه صح قبضه للعوض كالمحجور عليه لفلس ، واحتج بقول أحمد : ما ملكه العبد من خلع فهو لسيده وإن استهلكه لم يرجع على الواهب والمختلعة بشيء والمحجور عليه في معنى العبد والأولى أنه لا يجوز ؛ لأن العوض في الخلع لسيد العبد فلا يجوز دفعه إلى غير من هو له بغير إذن مالكه ، والعوض في ملك المحجور عليه ملك له إلا أنه لا يجوز تسليمه إليه ؛ لأن الحجر أفاد منعه من التصرف . وكلام أحمد يحمل على ما إذا أتلفه العبد قبل تسليمه إليه ، وعلى أن عدم الرجوع عليها لا يلزم منه جواز الدفع إليه فإنه لو رجع عليها لرجعت على العبد وتعلق حقها برقبته وهي ملك للسيد فلا فائدة في الرجوع عليها بما ترجع به على أمواله ، وإن سلمت العوض إلى المحجور عليه لم تبرأ فإن أخذه الولي منه برئت ، وإن أتلفه أو تلف كان لوليه الرجوع عليها به .

مسألة : **(وإذا خالعت المرأة في مرض موتها بأكثر من ميراثه منها فالخلع واقع وللورثة أن يرجعوا عليه بالزيادة)** .

أما المخالعة في المرض فصحيحة سواء كان المريض الزوج أو الزوجة أو هما جميعاً ؛ لأنه معاوضة فصح في المرض كالبيع ولا نعلم في هذا خلافاً ، ثم إذا خالعته المريضة بميراثه منها فما دونه صح ولا رجوع ، وإن خالعته بزيادة بطلت الزيادة وهذا قول الثوري وإسحاق ؛ لأنها متهمة في أنها قصدت الخلع لتوصل إليه شيئًا من مالها بغير عوض على وجه لم تكن قادرة عليه وهو وارث لها . فبطل ؛ كما لو أوصت له أو أقرت له . وأما قدر الميراث فلا تهمة فيه فإنها لو لم تخالعه لورث ميراثه . وإن صحت من مرضها ذلك صح الخلع وله جميع ما خالعها به ؛ لأنا تبينا أنه ليس بمرض الموت ، والخلع في غير مرض الموت كالخلع في الصحة .

مسألة : **(ولو خالعها في مرض موته وأوصى لها بأكثر مما كانت ترث فللورثة أن لا يعطوها أكثر من ميراثها)** .

أما خلعه لزوجته في إشكال في صحته سواء كان بمهر مثلها أو أكثر أو أقل ولا يعتبر من الثلث ؛ لأنه لو طلق بغير عوض لصح فلأن يصح بعوض أولى .

ولأن الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء فإنه لو مات وله امرأة لبانت بموته و لم تنتقل إلى ورثته ، وأما إن وصى لها بمثل ميراثها أو أقل صح ؛ لأنه لا تهمة في أنه أبانها ليعطيها ذلك فإنه لو لم يبنها لأخذته بميراثها ، وإن أوصى لها بزيادة عليه فللورثة منعها ذلك ؛ لأنه اتهم في أنه قصد إيصال ذلك إليها ؛ لأنه لم يكن له سبيل إلى إيصاله إليها وهي في حباله فطلقها ليوصل ذلك إليها فمنع منه كما لو أوصى لوارث .

مسألة : **(ولو خالعته بمحرم وهما كافران فقبضته ثم أسلما أو أحدهما لم يرجع عليها بشيء)** .

أما الخلع من الكفار فجائز سواء كانوا أهل ذمة أو أهل حرب ؛ لأن كل من ملك الطلاق ملك المعاوضة عليه كالمسلم فإن تخالعا بعوض صحيح ثم أسلما أو ترافعا إلى الحاكم أمضى ذلك بينهما كالمسلمين وإن كان بمحرم كخمر وخنزير

فقبضته ثم أسلما أو ترافعا إلينا أو أسلم أحدهما أمضى ذلك عليهما و لم يعرض له و لم يزده ولا يبقى له عليها شيء كما لو أصدقها خمراً فقبضته ثم أسلما أو تبايعا خمراً وتقابضا ثم أسلما، وإن كان إسلامهما أو ترافعهما قبل القبض لم يمضه الحاكم و لم يأمر بإقباضه؛ لأن الخمر والخنزير لا يجوز أن يكون عوضاً لمسلم أو من مسلم ولا يأمر الحاكم بإقباضه. قال القاضي في الجامع: ولا شيء له؛ لأنه رضي منها بما ليس بمال كالمسلمين إذا تخالعا بخمر، وقال في المجرد: يجب مهر المثل وهو مذهب الشافعي؛ لأن العوض فاسد فيرجع إلى قيمة المتلف وهو مهر المثل وكلام الخرقي يدل بمفهومه على أنه يجب له شيء؛ لأن تخصيصه حالة القبض ينفي الرجوع يدل على الرجوع مع عدم القبض، والفرق بينه وبين المسلم أن المسلم لا يعتقد الخمر والخنزير مالاً فإذا رضي به عوضاً فقد رضي بالخلع بغير مال فلم يكن له شيء والمشرك يعتقده مالاً فلم يرض بالخلع بغير عوض فيكون العوض واجباً له كما لو خالعها على حر فظنه عبداً أو خمر يظنه خلاً. إذا ثبت أنه يجب له عوض فذكر القاضي أنه مهر المثل كما لو تزوجها على خمر ثم أسلما وعلى ما عللنا به يقتضي وجوب ما سمي لها على تقدير كونه مالاً فإنه رضي بمالية ذلك فيكون له قدره من المال كما لو خالعها على خمر يظنه خلاً، وإن حصل القبض في بعضه دون بعض سقط ما قبض وفيما لم يقبض الوجوه الثلاثة، والأصل فيه قول الله تعالى: ﴿وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين﴾ [البقرة: ٢٧٨].

فصل

إذا علق طلاق امرأته بصفة ثم أبانها بخلع أو طلاق ثم عاد فتزوجها ووجدت الصفة طلقت، مثاله: إذا قال: إن كلمت أباك فأنت طالق ثم أبانها ثم تزوجها فكلمت أباها فإنها تطلق نص عليه أحمد، وأما إن وجدت الصفة في حال البينونة ثم تزوجها ثم وجدت مرة أخرى فظاهر المذهب أنها تطلق، وعن أحمد ما يدل على أنها لا تطلق نص عليه في العتق في رجل قال لعبده: أنت حر إن دخلت

الدار فباعه ثم رجع يعني فاشتراه فإن رجع وقد دخل الدار لم يعتق وإن لم يكن دخل فلا يدخل إذا رجع عليه فإن دخل عتق ، فإذا نص في العتق على أن الصفة لا تعود وجب أن يكون في الطلاق مثله بل أولى ؛ لأن العتق يتشوف الشرع إليه ولذلك قال الخرقي : وإذا قال : إن تزوجت فلانة فهي طالق لم تطلق إن تزوجها ، ولو قال : إن ملكت فلاناً فهو حر فملكه صار حراً وهذا اختيار أبي الحسن التميمي ، وأكثر أهل العلم يرون أن الصفة لا تعود إذا أبانها بطلاق ثلاث ، وإن لم توجد الصفة في حال البينونة هذا مذهب أبي حنيفة ومالك وأحد أقوال الشافعي .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لزوجته : أنت طالق ثلاثاً إن دخلت الدار فطلقها ثلاثاً ثم نكحت غيره ثم نكحها الحالف ثم دخلت الدار أنه لا يقع عليها الطلاق وهذا على مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي ؛ لأن إطلاق الملك يقتضي ذلك[1] فإن أبانها دون الثلاث فوجدت الصفة ثم تزوجها انحلت يمينه في قولهم ، وإن لم توجد الصفة في البينونة ثم نكحها لم تنحل الصفة في قول أبي حنيفة ومالك وأحد أقوال الشافعي وله قول آخر : لا تعود الصفة بحال وهو اختيار المزني وأبي إسحاق ؛ لأن الإيقاع وجد قبل النكاح فلم يقع كما لو علقه بالصفة قبل أن يتزوج بها فإنه لا خلاف في أنه لو قال لأجنبية : أنت طالق إذا دخلت الدار ثم تزوجها ودخلت الدار لم تطلق وهذا في معناه وأما إذا وجدت الصفة في حال البينونة انحلت اليمين ؛ لأن الشرط وجد في وقت لا يمكن وقوع الطلاق فيه فسقطت اليمين وإذا انحلت مرة لم يمكن عودها إلا بعقد جديد .

ووجه قول أصحابنا أن عقد الصفة ووقوعها وجدا في النكاح فيقع كما لو لم تتخلله بينونة أو كما لو بانت بما دون الثلاث عند أبي حنيفة ومالك و لم يفعل المحلوف عليه ، وقولهم : أن هذا طلاق قبل نكاح قلنا يبطل بما إذا لم يكمل الثلاث ، وقولهم : تنحل الصفة بفعلها قلنا : إنما تنحل بفعلها على وجه يحنث به

(١) في الأصل: لأن طلاق ذلك الملك يقضي. وما أثبتناه من المغني ٨: ٢٣١.

وذلك لأن اليمين حل وعقد ثم ثبت أن عقدها يفتقر إلى الملك فكذلك حلها والحنث لا يحصل بفعل الصفة حال بينونتها فلا تنحل اليمين به وأما العتق ففيه روايتان :

إحداهما : أن العتق كالنكاح في أن الصفة لا تنحل بوجودها بعد بيعه فيكون كمسألتنا .

والثانية : تنحل ؛ لأن الملك الثاني لا يبنى على الأول في شيء من أحكامه ، وفارق النكاح فإنه يبنى على الأول في بعض أحكامه وهو عدد الطلاق فجاز أن يبنى عليه في عود الصفة .

ولأن هذا يفعل حيلة على إبطال الطلاق المعلق والحيل خداع لا تحل ما حرم الله فإن ابن ماجة وابن بطة رويا بإسنادهما عن أبي موسى قال : قال رسول الله ﷺ : «ما بالُ أقوامٍ يلعبون بحدود الله ويستهزئون بآياته قد طلقتُكِ قد راجعتُكِ قد طلقتُكِ»[1] ، وفي لفظ رواه ابن بطة : «خالعتك وراجعتك طلقتك راجعتك» .

فصل

فإن كانت الصفة لا تعود بعد النكاح الثاني مثل إن قال : إن أكلت هذا الرغيف فأنت طالق ثلاثاً ثم أبانها فأكلته ثم نكحها لم يحنث ؛ لأن حنثه بوجود الصفة في النكاح الثاني وما وجدت ولا يمكن إيقاع الطلاق بأكلها حال البينونة ؛ لأن الطلاق لا يلحق البائن . والله أعلم .

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠١٧) ١: ٦٥٠ كتاب الطلاق ، باب حدثنا سويد بن سعيد.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٣٢٢ كتاب الخلع والطلاق ، باب ما جاء في كراهية الطلاق.



انتهى بعون الله تعالى الجزء الثالث

ويتلوه الجزء الرابع ، وأوله :

كتاب الطلاق



المحتويات